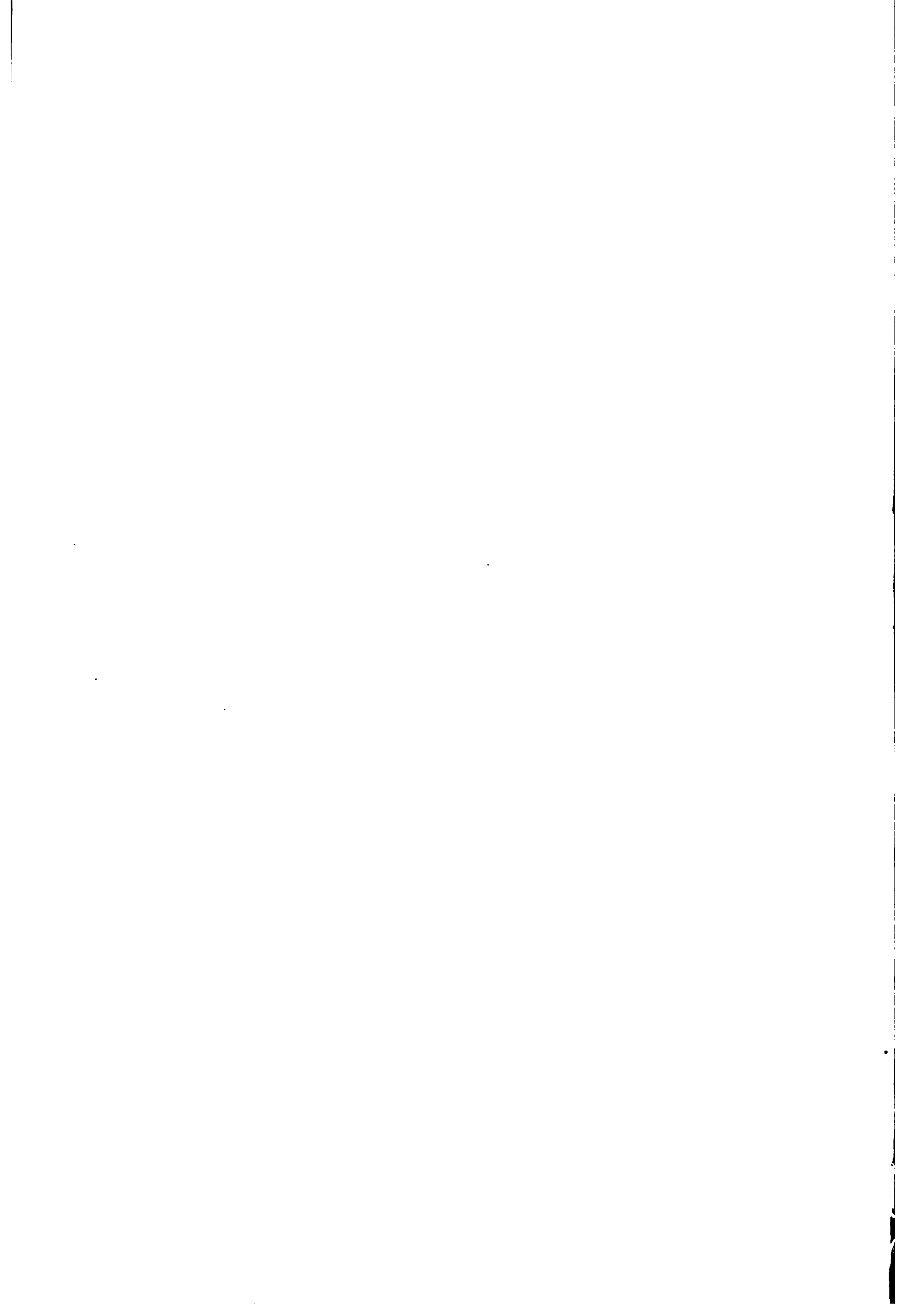


Germany



VOM BEGRIFF GERECHTIGKEIT

VON

KARL GAREIS

ORD. PROFESSOR DER RECHTE IN MÜNCHEN

ALFRED TÖPELMANN
(VORMALS J. RICKER'S VERLAG)
GIESSEN 1907

Sonderabdruck aus der

FESTSCHRIFT,

DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT GIESSEN
ZUR DRITTEN JAHRHUNDERTFEIER
DER ALMA MATER LUDOVICIANA

ÜBERREICHT VON IHREN FRÜHEREN DOZENTEN:
BELING, COSACK, FRANK, GAREIS, HEIMBERGER,
HELLWIG, JUNG, v. LISZT, REGELSBERGER,
REHM, L. v. SEUFFERT, STAMMLER,
v. THUDICHUM, v. WENDT.

§ 1.

Verhältnismäßig selten, ja sehr selten ist in den Schriften der Juristen unserer Zeit von Gerechtigkeit die Rede: nur die strafrechtliche Literatur macht hierin eine Ausnahme, sie spricht gerade in neuester Zeit wieder viel von Gerechtigkeit, freilich nicht immer mit Worten der Anerkennung für diejenige Richtung, welche in der vergeltenden oder sühnenden Gerechtigkeit die leitende Idee für die Strafgesetzgebung oder Strafrechtspflege gefunden zu haben glaubt. Die übrige juristische Literatur beschäftigt sich mit der Gerechtigkeit fast gar nicht, sei es, daß man voraussetzt, der Begriff existiere unleugbar und seinen Postulaten sei jedenfalls zu gehorchen, so daß darüber kein Wort verloren zu werden braucht, sei es, daß man die Gerechtigkeit als Begriff ausweisen zu müssen glaubt aus dem Gebiete des Rechts und der Rechtswissenschaft, um ihn in das der Moral zu versetzen, in die er von jeher gehöre.

Der letzteren Ansicht huldigt, soweit es sich um die Gerechtigkeit im Sinne der allbekannten, auf Aristoteles zurückgeführten Definition Ulpians[1] handelt, der bayrische Gesetzgeber Wiguläus X. A. von Kreittmayr, wenn er sagt: „Die Justiz ... wird von Ulpiano ... constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi, das ist eine beständige Neigung, jedem das Seinige widerfahren zu lassen genannt, welcher Definition auch nichts auszustellen ist, wenn die Rede nur von der Justitia interna, oder nach Grotii Sprach de Justitia Personae ist. In diesem Verstand aber gehört sie als Tugend mehr ad Ethicam als Jurisprudentiam. Hier hat man nur mit der Justitia externa, oder nach Grotianischem Ausdruck mit der Justitia Actionis zu tun, welche lediglich in äußerlicher Übereinstimmung der Handlung mit dem vorgeschriebenen Gesetz besteht.“[2]

Wollte man hieraus nun den Schluß ziehen, es gäbe außer dem von Kreittmayr in sein Gesetzbuch aufgenommenen rein formalen Begriffe der Gerechtigkeit als „Übereinstimmung der Handlung mit dem Recht“,[3] und dem vom Recht ausgeschiedenen Moralbegriff der

[1] Dig. I 1, 10 pr.

[2] W. X. A. v. Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum civilem (1. Aufl. von 1758) I S. 3 zu I 1 § 2.

[3] Bayerisches Landrecht von 1756 (C. Max. bav. civ.) I 1 § 2.

Gerechtigkeit im persönlichen Sinne keine „Gerechtigkeit" im Reiche der Handlungen oder der Gedanken, so würde man irren; auch KREITTMAYR kennt noch ein Drittes, eine dritte Anwendungssphäre des Gerechtigkeitsbegriffs, neben der moralischen und der formalistischen, denn er erwähnt die Unterscheidung der Justitia naturalis vel civilis, je nachdem die Handlung dem natürlichen oder dem bürgerlichen Gesetz gemäß ist. Für den naturrechtsgläubigen KREITTMAYR eröffnet sich hiermit freilich noch ein sehr weites Feld der Anwendung des Gerechtigkeitsbegriffes, oder vielmehr er eröffnet es sich, und steht auch nicht an, die äußerste Konsequenz daraus zu ziehen: „Dem Gesetz der Natur wohnt die ganz besondere Eigenschaft der Unveränderlichkeit bei, dergestalt, daß Gott selbst nichts daran abändern kann; denn solang der Mensch diese und keine andere Natur hat, so lang kann[1] auch Gott seiner Heiligkeit und Gerechtigkeit nach nicht anders wollen, als daß das Gesetz, welches er selbst auf die Natur gegründet hat, also verbleibe" usw.

Auf diesem Wege will ich dem bayrischen Gesetzgeber des 18. Jahrh. nicht folgen, sondern ich will die Frage aufwerfen, ob es nicht für die Juristen des 20. Jahrhunderts einen Gerechtigkeitsbegriff gibt, der weder ein hölzerner Formalbegriff noch ein vager Moral- oder Naturrechtsbegriff ist, sondern von einem Gedanken getragen wird (oder einen solchen in sich trägt), welcher der geschichtlichen Auffassung von der Entwicklung des Rechts ebenso wie der philosophischen Weltauffassung im ganzen gerecht wird, dadurch selbst für den Streit der Strafrechtsschulen, so scharf sich die Meinungen derselben auch heutzutage wieder bekämpfen, eine gewisse Einigung bringen kann und selbst für die juristische Praxis nicht ganz unfruchtbar bleiben dürfte, und zwar auch außerhalb des Gebiets der Strafrechtspflege. Und bedenkt man zudem noch, daß die gesamte sozialpolitische Bewegung unserer Zeit auf den Begriff der „Gerechtigkeit" abgestellt ist und insbesondere im Gebiete der Güterbeherrschung vielfach die Verwirklichung der Idee der „Gerechtigkeit" angestrebt wird,[2] so wird man einer Betrachtung dieses Begriffes eine gewisse Berechtigung in unseren Tagen nicht absprechen dürfen.

---

[1] Über anthropomorphe Gestaltung des Gottesbegriffs (des Absoluten) und unzulässige Konsequenzen unten § 7 S. 25—28 mit den Anm.

[2] SCHMOLLER, Über einige Grundfragen des Rechts und der Volkswirtschaft (1898) S. 76: „Die Gesetzgebung ist allmächtig; ihr Direktiv ist das Prinzip der Gerechtigkeit, sie wird zu jeder Zeit beherrscht von der Art, wie das Prinzip der Gerechtigkeit in den leitenden Geistern und der öffentlichen Meinung aufgefaßt wird." — Vgl. R. STAMMLER, Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, Leipzig 1896, und Derselbe, Die Lehre vom richtigen Rechte 1902. — PH. LOTMAR, Vom Rechte, das mit uns geboren ist. Die Gerechtigkeit. Zwei Vorträge. Bern 1893 und die insbes. in Anm. 50 u. 51 S. 94, 95 angegebene Literatur.

§ 2.

Sprachwissenschaftlich betrachtet ist Gerechtigkeit als Substantiv gebildet aus dem Adjektiv gerecht: ge-rehtekeit[1] und bedeutet die Eigenschaft desjenigen, der dem Rechte (dem Rechten) entsprechend lebt, handelt, ist, — eine Eigenschaft, die einen dauernden Zustand[2] anzeigt. Gerechtigkeit ist mithin die Eigenschaft desjenigen, welcher seine Handlungen in der geraden Richtung, d. i. soviel, als der Ordnung, der richtigen Richtung der Lebensverhältnisse entsprechend, vornimmt.[3] Dahingestellt und unerörtert muß nun vorderhand bleiben, was dieses Richtige, Rechte oder Gerade inhaltlich sei (hiervon unten S. 7, 8), dem der Gerechte in seinem Verhalten zustrebt oder sich anschließt, von der Eigenschaft des Gerechten ist hier zunächst ausschließlich die Rede. Diese Eigenschaft kann aber nicht bloß Menschen, sondern, wie sich ohne weiteres ergibt, auch ihren Handlungen und den Resultaten derselben zukommen; so spricht man von gerechten Werken, gerechten Verteilungen, gerechten Beurteilungen und folgeweise auch von gerechten Teilen, gerechten Richtersprüchen, gerechten Gesetzen.

Wird die Eigenschaft des Gerechten als erstrebenswert, die gegenteilige als verabscheuenswert, abscheulich, verwerflich bezeichnet, so ist nur noch ein kleiner Schritt zur Objektivierung dieser Eigenschaft, die Gerechtigkeit selbst wird dann zum Gute, zu einer idealen Sache, und gewinnt in dieser Objektivierung eine solche Höhe und Macht, daß das positive Recht, die Rechtsvorschriften, nicht mehr der Kern und Maßstab des Gerechten, sondern vielmehr umgekehrt nur der Versuch der Verwirklichung der Gerechtigkeit sind; die Rechtsidee allein ist dann der Kern und Maßstab der Gerechtigkeit, oder: die Gerechtigkeit ist die Idee des Gerechten, ist damit „eine nicht weiter zerlegbare Idee des Menschengeistes, nur mit sich selbst vergleichbar und trägt in sich selbst ihren Wert"; darum ist, so wird in diesem Gedankengange weiter gefolgert, „der oberste Zweck aller einzelnen Rechtsnormen die Verwirklichung der Gerechtigkeit, das Recht im Ganzen aber ist als verwirklichte Gerechtigkeit zunächst sich selbst Zweck."[4]

Diese Substantivierung der Eigenschaft, diese Objektivierung einer bloßen Qualität, ist nicht bloß ein Postulat einer idealistischen

---

[1] „keit": siehe W. Wilmanns, Deutsche Grammatik 2. Abt. 2. Aufl. 1899 S. 386.

[2] „ge": siehe A. Schleicher, Die deutsche Sprache (4. Aufl. 1879) S. 224 u. 225.

[3] K. v. Amira in H. Pauls Grundriß der German. Philologie IX § 4 und in Allg. Ztg. 1906 Beil. S. 459. Gareis, Enzyklop. u. Methodologie d. Rechtswissensch. 3. Aufl. 1905 § 5 S. 17 ff.

[4] Gierke, D. Priv.-R. Bd. I S. 120 ff.

Philosophie, vor allem der Hegels, sie ist viel älter und reicht viel weiter; nicht nur Rechtsbücher des deutschen Mittelalters, auch die antike Welt lebt unter der Objektivierung dieser Eigenschaft als einer Idee, es gibt eine platonische Idee der Gerechtigkeit, und die Personifikation derselben in der Figur der Themis oder Justitia mit Schwert, Augenbinde und Wage ist nur eine Konsequenz oder Weiterbildung jener Objektivierung.

Man braucht übrigens nicht so weit zu gehen wie die ebenerwähnten doktrinellen Objektivierungen und Personifikationen, um doch zu erkennen, daß die Gerechtigkeit — als Eigenschaft eines Menschen oder einer Handlung — unterschieden werden kann und muß von dem Rechte — als der Norm, die als Massenerscheinung, eine soziale Sekretion,[1] von und in einem bestimmten Gemeinwesen geschichtlich erzeugt, geschichtlich fortwährend umgewandelt wird und demnach inhaltlich je nach der Kulturhöhe und den Kulturbedürfnissen höchst verschieden gestaltet sein kann. Dies ist insofern selbstverständlich, als eine Eigenschaft (die Eigenschaft des Gerechtseins), selbst wenn sie substantiviert gedacht wird, einer andern Kategorie oder einem andern Gattungsbegriff angehört, als das Recht, die Norm, die Regel, nach welcher eine Handlung bestimmt wird oder eingerichtet werden soll.

Aber Recht und Gerechtigkeit treffen in zwei Punkten zusammen oder, wie man auch sagen kann, stehen in Wechselwirkung: die Gerechtigkeit richtet sich nach dem Rechte
und
das Recht richtet sich nach der Gerechtigkeit.

Das erstere ist der Fall, wenn die Gerechtigkeit in dem Sinne verstanden wird, wie es von Kreittmayr im bayr. Landrecht a. a. O. angenommen worden ist und noch heutzutage vielfach aufgefaßt wird: der Gerechte lebt nach dem Rechte, der gerechte Richter urteilt nach dem Rechte (d. i. rechtanwendende Gerechtigkeit).

Aber das Recht, d. i. die positive Norm, sie sei Gewohnheitsrecht oder Gesetzesrecht, wird andererseits von der Gerechtigkeit geschaffen, durch sie um- und fortgebildet, ergänzt und von ihr belebt (rechterzeugende Gerechtigkeit).[2]

Die übrigen Bedeutungen, die das Wort Gerechtigkeit in der deutschen Sprache hat, z. B. den weiten Sinn der biblischen Gerechtigkeit, die nichts anderes als Tugendhaftigkeit überhaupt oder Anständigkeit ist, oder die Bedeutung eines subjektiven Rechts, einer

[1] G. v. Mayr, Grundriß d. ges. Staatswissenschaft (2. Heft) 1906 S. 142. Vgl. auch v. Amira in d. Allg. Ztg. 1906 Beil. S. 459.

[2] Andere Unterscheidungen von justitia, an denen besonders die scholastische Literatur reich ist, siehe bei Hugo Grotius, De jure belli ac pacis I 1, 8; II 17. 20, 1 ff. u. a.

Berechtigung[1] (z. B. einer Dienstbarkeit), einer Gerechtsame[2] hier als nicht interessierende Begriffe übergehend, beschränke ich mich zunächst auf die Untersuchung des Begriffes der rechterzeugenden Gerechtigkeit.

§ 3.

Die rechterzeugende Gerechtigkeit ist nichts anderes als der Rechtssinn oder Rechtstrieb, eine im Menschen vorhandene und wirkende Kraft. Diese Kraft ist mystisch, in dem Sinne wie der Philosoph[3] das letztere Wort versteht, es gibt einen Rechtsinstinkt, und jeder Instinkt ist mystisch: „Erfüllung des Bewußtseins mit seinem Inhalte (Gefühl, Gedanke, Begehrung) durch unwillkürliches Auftauchen desselben aus dem Unbewußten" (HARTMANN), — was so auftaucht, ist zunächst nur ein absolut unbestimmtes Gefühl ohne einen bestimmten es motivierenden Inhalt, aber mit dem Streben, einen Inhalt oder eine jenes Unbestimmt faßbar machende Form zu gewinnen. Auf jeder uns bekannten Kulturstufe der Entwicklung der Menschheit finden wir dem Menschen die Fähigkeit und das Bedürfnis gegeben, die ihm durch die Sinne (Auge, Ohr usw.) gewordenen Eindrücke (sinnliche Wahrnehmungen, Erfahrungen) zu ordnen, das Einzelne dem Allgemeinen begrifflich zu subsumieren,[4] es einzureihen in die Reihe ähnlicher, verwandter, gleicher Erscheinungen, — warum er dies tut, tun muß, niemand weiß es, aber es ist so, es ist das Wirken des Denkgesetzes, Denkgrundgesetzes im Menschen, und dieses ist mystisch in dem vorhin angedeuteten Sinne; mystisch ist aber auch das Empfinden einer Einwirkung des Wahrgenommenen auf das eigene Behagen oder Unbehagen, die Erzeugung eines Lust- oder Unlustgefühls durch den wahrgenommenen Sinneseindruck;[5] mystisch sind diese Lust- und Unlustempfindungen[6] insofern sie instinktiv sich ereignen,

---

[1] Im Sinne von Berechtigung und deren Gegenstück: Schuldigkeit wird das Wort justitia in den Kapitularien der fränkischen Könige gebraucht, vgl. Capitulare de justitiis faciendis, siehe BORETIUS in Mon. Germ. LL. 4° sect. II. tom. I (1883) p. 176. Hierüber s. GAREIS, Bemerkungen zu Kaiser Karls d. Gr. Landgüterordnung (Abh. zu Konrad von Maurers 70. Geburtstag, Göttingen 1893) S. 215 ff. Vgl. ferner GAREIS, Landgüterordnung Kaiser Karls d. Gr. (1895) S. 27 (cap. 4), 52 (c. 52), 53 (c. 56).

[2] Diesen Ausdruck gebraucht B.G.B. § 444.

[3] EDUARD VON HARTMANN, Philosophie des Unbewußten, 11. Aufl. 1904, Bd. I S. 314 ff.

[4] FELIX DAHN, Über Wesen und Werden des Rechts, Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschaft, Bd. III (1880). GAREIS, Enzyklop. 3. Aufl. S. 4.

[5] E. v. HARTMANN a. a. O. I 353; auch S. 319: von dem Mystischen als absolut unbestimmtem Gefühl erfährt das Bewußtsein nichts als Seligkeit oder Unseligkeit schlechthin.

[6] SIGMUND EXNER, „Die Moral als Waffe im Kampfe ums Dasein", Almanach der Kaiserlichen Akademie d. Wiss., Wien 1892 S. 260 ff.

von der **Natur** dem Menschen gegeben sind, und „die Natur, nicht der Mensch, verfolgt mit dem vererbbaren Vermögen, gewisse Vorstellungen mit Empfindungen zu verknüpfen, den Zweck der Erhaltung des Individuums, der Nachkommenschaft und der Sozietät".[1] Geschichtlich tritt der Mensch, soweit wir von seiner Natur als Mensch sprechen können, stets in Gemeinwesen (Horden, Sippen u. dergl.)[2] auf, und nur in Gemeinwesen und zuerst auch nur **für** Gemeinwesen entwickelt sich jene Friedensordnung, die wir das Recht im objektiven Sinne nennen.[3] Die Gemeinwesensinteressen lernt der Mensch spätestens gleichzeitig mit seinen eigenen Sonderinteressen kennen, — vielleicht aber auch viel früher — unbewußt empfindet er Behagen (Lust) an Wahrnehmungen und Handlungen, die dem Gemeinwesen nützen, und Unbehagen (Unlust) bei den dem Gemeinwesen schädlichen Ereignissen, man nennt diese individuelle (und Gattungs-) Reaktion den **sozialen Instinkt**.[4]

Diesen Trieben und Empfindungen entsprechend regelt sich das Leben der Horden oder anderen Menschengruppen auf früher Kulturstufe sozusagen von selbst: die Regelung (Ordnung, Friedensordnung) ist von der Natur[5] (des Menschen und der Menschengruppen) gegeben; unbewußt wirkt diese Ordnung, unbewußt wird dem gefolgt, was von je so gegolten hat, d. h. von jeher, soweit man es weiß, so gewesen ist. Die althochdeutsche Sprache bezeichnete eine solche von selbst gegebene Ordnung als êwa, ein Wort, das von den Einen[6] auf eine „uralte Zeit", von den Anderen[7] auf eine „Billigkeit" bedeutende sprachliche Wurzel zurückgeführt wird, in jedem Falle aber das für heilig zu haltende Recht, das hergebrachte Richtige, das nicht von menschlicher Klugheit und Erwägung gemacht, sondern von einer unbewußt im Menschen wirkenden Kraft, dem Denkgesetz und Rechtstrieb erzeugt ist und mit Naturnotwendigkeit sich durchsetzt. Von solchem Unbewußten sagt der Philosoph,[8] daß es **göttlich** ist, und

[1] S. Exner a. a. O. S. 264.

[2] J. Kohler, Einführung in die Rechtswissenschaft (1902) S. 1—4, 105 ff. und Allg. Ztg. 1906 Beil. N. 250. K. v. Amira, Allg. Ztg. 1906, Beil. N. 284 S. 457.

[3] Gareis, Enzyklop. S. 81 ff.

[4] Gareis, Enzyklop. S. 5, 7, 24.

[5] „Daß das Recht sei, ist der Menschheit immanentes Lebensgesetz." Wach, Leipziger Rektorratsrede 1892 S. 21. Daher auch die gleiche Entstehung des **Völkerrechts** als jus necessarium, siehe Gareis, Völkerrecht (2. Aufl.) § 9 S. 33, insbes. bei und in Anm. 3; hierüber siehe eingehend unten S. 17, 18, und die dort angegebene Literatur.

[6] H. Brunner, D. R.-Gesch. 2. Aufl. S. 151 Anm. 3: zu got. aivs Zeit, lat. aevum, skr. ê'va Lauf. Gewohnheit nach Schrader, Reallexikon S. 658.

[7] Kluge, Wörterbuch S. 88. v. Amira, Grundriß, S. 57 = aequum.

[8] E. v. Hartmann a. a. O. Vgl. unten S. 25 ff.

göttlich in diesem Sinne ist das Bestehen einer Rechtsordnung (nicht notwendig aber der Inhalt derselben) auch in der Auffassung des deutschen Mittelalters.[1] Allerdings ist denjenigen[2] beizustimmen, die es als durchaus verkehrt bezeichnen, daß schon das germanische Heidentum in der ältesten Rechtsordnung ein Werk göttlicher Herkunft erblickt habe oder ihre Überlieferung ein Werk der Priester gewesen sei: auf der Kulturstufe der Germanen in der vorfränkischen Zeit wurde über das Recht überhaupt nicht reflektiert,[3] seine Ordnung wurde als selbstverständlich angesehen, und nur wir geben diesem Selbstverständlichen oder Unbewußten jenes erhabenste Prädikat, weil wir damit am sichersten andeuten, daß es nicht der menschlichen Verstandestätigkeit entstamme, sondern neben, außer und über derselben vorhanden ist und wirksam wird.

Wie kann aber eine Ordnung (eine Regelung, ein Gesetz) überhaupt bestimmend auf den Menschen einwirken? Diese hier zu berührende Frage wirft KANT[4] auf, um sie sofort als nicht zu beantwortende Frage zu bezeichnen. „Wie ein Gesetz", sagt er, „für sich und unmittelbar Bestimmungsgrund des Willens sein könne, dies ist ein für die menschliche Vernunft unauflösliches Problem." In einem gewissen Gegensatz zu KANTS Negative steht das moderne Bestreben, den Übergang von dem Gesetz zum bewegten Willen in Vorstellungen zu finden, in Vorstellungen, welche jenes Lust- oder Unlustgefühl hervorrufen; denn ebenso wie Wahrnehmungen von Tatsachen werden auch Vorstellungen durch das Denkgesetz subsumiert und eingeordnet (als Vorstellungen des Rechtmäßigen oder des Unrechtmäßigen) und erzeugen dann die entsprechenden Lust- oder bezw. Unlustgefühle, Behagen oder Unbehagen; so gibt es gegenüber einem Gesetz, welches uns einen bestimmten Genuß verbietet, zunächst zweierlei Vorstellungen, die des trotz des Verbotes erlangten Genusses (Bedürfnisbefriedigung) und die des verbotentsprechend versagten Genusses, der ersteren dieser Vorstellungen kann aber, je nach dem Inhalte des Gesetzes, wenn es keine lex imperfecta ist, die Vorstellung der Strafe, der letzteren derselben die Vorstellung eines Lohnes sich anreihen und dadurch werden die Motive für und gegen die Vornahme der verbotenen Handlung (Bedürfnisbefriedigung) verstärkt;[5] denn das Lustgefühl und bezw. das Unbehagen entsteht wie bei Wahrneh-

---

[1] Vgl. GIERKE, D. Privatrecht I S. 120 ff. Anm. 33, 34.

[2] v. AMIRA, Grundriß S. 57—58, mit der in Anm. 1 S. 58 angegebenen Literatur.

[3] Daß in der germanischen Zeit eine Anknüpfung des Rechts oder rechtlicher Institutionen an den Götterglauben nicht zu finden ist, wird auch bei Erörterung der Ordalien berührt, siehe unten S. 27 Ziffer 2.

[4] IMMANUEL KANTS Werke, herausgegeb. von G. HARTENSTEIN IV. Bd. S. 184.

[5] GAREIS, Enzyklop. (3. Aufl.) § 7 I S. 30, 31, § 51 S. 175—178 (ebenso schon 1. Aufl. 1887, S. 26, 27, 150—153).

mung fremder Handlungen so bei der Vorstellung eigenen Verhaltens. Durch die Einschiebung des Begriffs Vorstellung kommen wir aber dem von Kant als unlöslich bezeichneten Problem doch nur scheinbar einen Schritt näher: es bleibt immer noch ein Rätsel, wie die Vorstellung zur Tat, sei diese Gesetzesbeobachtung oder Rechtsbruch, Befriedigung des Bedürfnisses oder Abwendung vom verbotenen Genusse, werden könne.[1] Denken wir uns einen Menschen, der an Zunge, Händen und Füßen völlig gelähmt ist, so werden wir diesem zwar zutrauen, daß er bei gewissen Wahrnehmungen und ebenso bei Vorstellungen Lust- und bezw. Unlustempfindungen haben könne, aber zur Tat werden diese Empfindungen ihm nicht; und wenn wir uns den Menschen auch mit gesunden Extremitäten und Organen denken, die Lücke bleibt doch: auf der einen Seite die Vorstellungen mit ihren Folgeempfindungen, auf der anderen das tatsächliche Verhalten und dazwischen die Kluft; diese zu überbrücken, genügt es nicht, die Bewegungs- oder motorischen Nerven in Betracht zu ziehen, denn diese werden auch nicht durch Vorstellungen und Empfindungen (psychische Momente) angeregt, auch nicht genügt die Heranziehung des Willens, gleichviel, ob er als frei oder als unfrei zu bezeichnen wäre, denn auch er ist ein der psychischen Sphäre angehörendes Moment, das Einwirken der Psyche auf die Physis, des Geistes auf die Materie bleibt immer noch rätselhaft, wir müssen wieder das Unbewußte[2] zu Hilfe nehmen und eine besondere Kraft oder Energie, einen Umsetzungstrieb annehmen, der bestrebt ist, die motorischen Nerven im Sinne der Vorstellungen anzuregen; ich nenne diesen Trieb den Umsetzungstrieb, weil er die Idee in die Wirklichkeit umzusetzen sucht (Verwirklichungstrieb).

Kann dieser energische Verwirklichungstrieb, der, den Vorstellungsreihen und Empfindungen folgend, das Angenehme erstrebt, das Unangenehme auszuschließen sucht, vom Individuum ausgeschaltet, im einzelnen Falle außer Wirksamkeit gesetzt werden? Dies ist die Frage, die von den Deterministen unbedingt mit nein, von den Indeterministen unbedingt mit ja beantwortet wird; ich darf an dieser Stelle die Frage unbeantwortet lassen, nämlich die Frage nach dem Können, ich nehme an: der Umsetzungstrieb wird tatsächlich — in der Regel — nicht ausgeschaltet, und so entsteht eben die Regel, die Ordnung, das Recht in den Handlungen der Menschen. Mittels dieses Vorgangs erzeugen die Lust- und Unlustempfindungen der Menschen auf früher Kulturstufe um so leichter eine Ordnung, als die Vorstellungen in einer solchen Kultur außerordentlich einfach und gleich-

---

[1] Auf diese Lücke hat A. Köhler (München) in Jur. Lit.-Blatt 1906 No. 2 (No. 172) S. 43 mit Recht aufmerksam gemacht.

[2] Im Sinne Ed. v. Hartmanns.

mäßig bei nahezu allen Individuen derselben Horde oder Sippe usw. sind: würde ein Individuum bei einer Vorstellung, die in den anderen Individuen desselben Gemeinwesens Abscheu, Ekel, Zorn, kurz ein unangenehmes Empfinden hervorruft, abweichend hiervon Freude, Wohlbehagen, Wonne empfinden, so würde es bei denjenigen Mitgliedern der Horde und dergl., die dies wahrnehmen, seinerseits ein unangenehmes Empfinden hervorrufen, Zorn, Ekel, Abscheu, und diese unangenehmen Empfindungen der Hordegenossen werden von ihnen in die Tat umgesetzt durch Ausstoßung, Verbannung, Friedloslegung, Tötung des Urhebers dieser das Ganze kränkenden Empfindung.[1]

Zu einer Gleichheit der Personenbewertung oder der Vermögensverteilung, zu völliger Assimilierung der Lebensverhältnisse innerhalb des primitiven Gemeinwesens braucht aber dieses Hordenempfinden und das demselben entsprechende Verhalten der Einzelnen keineswegs zu führen; denn auch das Häuptlingsrecht kann, ja muß aus jenem Empfinden erklärt werden: die Horde empfindet Lust, wenn der Mann, der sie zum Siege geführt oder aus schwerer Not weise ratend und kühn handelnd befreit hat, geehrt wird und Gehorsam findet, und sie empfindet Unlust (eliminiert oder „straft“[2] daher), wenn ihm Hindernisse in dem den Seinen gewidmeten Tun oder Wollen bereitet werden oder wenn er gar verletzt wird; somit braucht man auch die Entstehung des Staatsrechts eines Patriarchalstaats oder Heroenstaats nicht auf bloße Gewalttat zurückzuführen, sondern eben auch auf jenes Lust- und Unlustempfinden.

Die Gerechtigkeit ist auf dieser Kulturstufe, der Kultur der êwa,[3] nichts anderes als die Eigenschaft des Reagierens gemäß den Lust- und Unlustempfindungen des Gemeinwesens, die Eigenschaft des Einzelnen und seines Gemeinwesens dem sozialen Instinkte gemäß zu handeln; als „gerecht“ muß für diese Kultur bezeichnet werden jede Handlung, die diesem Instinkte entspringt oder entspricht, nicht bloß die Gemeinwesenshandlung (wie primitive Rechtspflege, Lynchjustiz, Steinigung auf handhafter Tat und dgl.), sondern auch die ebenso entsprungene Handlung des Einzelnen (Selbsthilfe, Rache, Blutrache, Fehde), vorausgesetzt nur, daß diese Reaktionshandlung nicht etwa selbst das Lustempfinden der Gemeinde verletzt, das Unlustempfinden derselben erregt.[4]

---

[1] Vgl. unten § 6 S. 22 ff.

[2] Siehe unten S. 23, 24.

[3] Siehe oben S. 8.

[4] „Der erste Antrieb, begangenes Unrecht zu ahnden, liegt in der Eigentümlichkeit der menschlichen Natur, für das erlittene Leid, für die zugefügte Kränkung vergeltende Rache zu üben.“ So L. Günther in seiner Habilitationsschrift: Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts. Abteilung I: Die

§ 4.

Mit dem Steigen der Kultur, welcher durch bessere körperliche und geistige Entwicklung, zufolge Seßhaftigkeit bei der einen und Wanderung bei anderen Gruppen von Gemeinwesen unter kriegerischer, dann auch friedlicher Berührung mit fremden Gruppen (Handel, Kolonien usw.) bewirkt wird, vermehren sich die Vorstellungen und Vorstellungsketten bei den Individuen wie bei den Gemeinwesen. Die Bewertung der einzelnen Handlung vom Standpunkte des sozialen Instinktes aus ist dann nicht mehr so einfach wie in der Kulturzeit der êwa.

Die rechterzeugende Gerechtigkeit ist auch auf dieser Stufe nichts anderes als der Rechtstrieb; auch auf ihr betätigt sich der soziale Instinkt wie auf der Vorstufe, das Lust- und Unlustempfinden ist auch hier wirksam vorhanden bei den Einzelnen wie bei den Gemeinwesen. Aber wegen der Verschiedenheit der hier gewonnenen Vorstellungen und der folgeweise vorhandenen verschiedenen Bewertung einer Handlung, über deren Wert oder Unwert auf der Vorstufe bei niemand ein Zweifel war, weil dort der soziale Instinkt ja ohne Bewußtsein auftrat, mit anderen Worten wegen des nun in Tat und Bewußtsein tretenden Gegensatzes von Egoismus und Altruismus[1]

Kulturvölker des Altertums und das Deutsche Recht bis zur Carolina. (1889) S. 5. — Die Einzelrache, aber auch jede andere Rache ist jedoch meines Erachtens Wut, wütende Reaktion, nämlich leidenschaftliche Reaktion ohne Rücksicht auf das Gemeinempfinden, daher nicht Gerechtigkeit, und zudem stets in Gefahr, selbst in eine Verletzung der letzteren auszuarten. Daß der Vergeltungsgedanke nicht der ursprünglich leitende und überhaupt nicht konsequent haltbar ist, obgleich L. Günther recht haben mag, wenn er den Wiedervergeltungsgedanken wenigstens in seiner rohesten Form, die Talionidee, mit religiösen Anschauungen roher Völker in Verbindung bringt (a. a. O. S. 20ff.), wird unter § 6 S. 24 dargestellt.

Über Selbsthilfe, Blutrache und überhaupt Privatrache als allgemeine Institute der indogermanischen Völker siehe Bernhöft in der Z. f. vergl. Rechtswiss. I S. 6, 9, 13ff., und vgl. hierzu überhaupt die von L. Günther a. a. O. Anm. 8 angegeb. Lit.

[1] Die Fähigkeit des Lust- und Leidempfindens und hiernach Werte, auch moralische Werte zu unterscheiden, wird hier beim Einzelnen wie beim Gemeinwesen vorausgesetzt; hierüber, insbesondere über die Verbindung zwischen dem Sein und den allgemeinen Lust- und Unlustgefühlen, dann die ästhetischen und moralischen Werte siehe Ludwig Busse, Philosophie und Erkenntnistheorie (Leipzig, S. Hirzel, 1894) S. 136—140. Den harmonischen Ausgleich der egoistischen und der altruistischen Gefühle erhofft die Philosophie und erstrebt das Christentum, vgl. Herbert Spencer, Die Prinzipien der Soziologie, übersetzt von Vetter und Carus, Bd. IV (Stuttgart 1897) § 853 S. 673 ff. einerseits und Matth. Evang. 5, 44 und 22, 39, Marc. 12, 31, Joh. 13, 34 f. andererseits (siehe auch hier unten S. 18 Anm. 3), — über ersteren vgl. auch Ludwig Busse, Die Weltanschauungen der großen Philosophen der Neuzeit (Leipzig, B. G. Teubner 1904) S. 159 ff.

macht das Gemeinwesen in zunehmendem Maße den Versuch, sein Lust- oder Unlustempfinden den Individuen zu oktroyieren; es muß diesen Versuch machen, weil sonst Unsicherheit darüber entsteht, was zu unterdrücken sei, und was nicht;[1] es kann diesen Versuch machen, weil es stärker ist als das einzelne (nichtführende) Individuum, sei es, daß die Mehrheit der Hordengenossen oder die führenden Geister derselben oder der leitende Geist und Mut eines Einzelnen (s. Häuptlingsrecht) das Gemeinwesen vertritt oder reden läßt; auch diese Versuche sind vom Rechtstrieb veranlaßt und vom sozialen Instinkt getragen, und zwar zu Anfang dieser Perioden gewiß ebenso unmittelbar, naiv und unbewußt eines Kulturzieles unternommen, wie die Bewertungen der menschlichen Handlungen im Zeitalter der êwa seitens Einzelner (als Handelnder, Rächer oder Richter) oder der Horden und Sippen.

Die auf dieser Kulturstufe sich — wiederum naturgemäß — geltendmachende Notwendigkeit, dem Lust- und Unlustgefühl des Gemeinwesens einen alle orientierenden Ausdruck zu geben, führt zunächst zur Festhaltung des Hergebrachten als Regel, und zwar nun auch dann, wenn nicht mehr der naive oder leidenschaftliche Naturtrieb allein diese Regel zu befolgen zwingt, sondern wenn man sich schon bewußt ist, daß es auch anders sein könnte. Es bedeutet dies eine häufig übersehene Zwischenstufe, die ursprüngliche unmittelbare Zeugungskraft der rechtschaffenden Gerechtigkeit ist von der beginnenden Überlegung zurückgedrängt, aber diese Überlegung sagt sich, daß das, was in jener Vorperiode als Regel gegolten, festgehalten werden müsse: man übt dann jenes uralte Recht bewußt als das geltende Recht; ich vermeide den Ausdruck Gewohnheitsrecht, obgleich er auf dieses Recht paßt, aber Gewohnheitsrecht ward auch in der Zeit der êwa geübt, diese war ja vielfach Gewohnheitsrecht, aber in jener Urzeit ward es geübt, weil es nicht anders sein konnte, nun aber, bei gestiegener Kultur ist schon der Gedanke aufgetaucht, daß es auch anders Rechtens sein könnte (ein Gedanke, der in der Urzeit gar nicht möglich war), und diesem Gedanken gegenüber treten nun höchst verschiedene Bestrebungen in den entwickelteren Gemeinwesen auf, konservative, ja hyperkonservative, die das Hergebrachte um jeden Preis noch als ausschließlich berechtigt auffassen, und deren

[1] Ganz zutreffend bemerkt Lothar Seuffert, Über richterliches Ermessen (Akad. Festrede, Gießen, 1880) S. 9: „Die Tatsache, daß die ältesten uns bekannten Gesetze durchschnittlich dem richterlichen Ermessen wenig Raum lassen, jedenfalls viel weniger als die Gesetze späterer Entwicklung, erklärt sich sehr wohl aus der Betrachtung, wie und warum sich der Übergang vom Gewohnheits- zum geschriebenen Recht vollzogen hat und noch vollzieht. Die dem Gewohnheitsrecht innewohnende Freiheit des richterlichen Ermessens mit der steten Gefahr subjektiver Willkür ist einer der Gründe, welche den Übergang zum geschriebenen Recht veranlassen usw."

Vertreter sich dann um möglichste Fixierung und Heilighaltung des Herkommens ängstlich und energisch bemühen,[1] und andererseits Bestrebungen der entgegengesetzten Richtung, neue Regelungen aufzubringen und diese ausdrücklich als vom Gemeinwesen gewollt, weil seinem Lust- bezw. Unlustempfinden ent- oder widersprechend, auszusprechen. Zwischen den Extremen liegen zahlreiche Mittelglieder: es kommt zur Aufzeichnung, Fixierung, ja ausdrücklichen Sanktionierung des Gewohnheitsrecht, sei es in ganzen Sammelwerken, sei es in einzelnen Weistümern, und daneben zu zuerst einzelnen Spezialgesetzen (wie wir jetzt sagen würden), dann zu zusammenfassenderen Werken der Gesetzgebung, in welche teils sanktioniertes Gewohnheitsrecht aufgenommen, teils ausgesondert, verworfen, durch bestimmte Erklärungen des Volks- oder Herrscherwillens verdrängt und ersetzt wird.

Diesen mannigfaltigen Erscheinungen gegenüber wird der Gerechtigkeitsbegriff — scheinbar wenigstens — ebenfalls mannigfaltig: die rechtanwendende Gerechtigkeit wird vielfach formalistisch (soweit nicht sog. freies Recht[2] bleibt), die rechterzeugende Gerechtigkeit scheint nicht mehr der allein schaffende oder wenigstens ausschlaggebende Faktor in der Bildung des geltenden Rechts zu sein, sondern ersetzt oder mindestens zurückgedrängt durch praktische Motive anderer Art, die den Gesetzgeber bewegen, namentlich in Spezialgesetzen läßt sich der Gesetzgeber durch Rücksichten auf besondere Zwecke leiten, die er in den einzelnen Geboten und Verboten anstrebt.

Bei der uns naheliegenden Betrachtung des Entwicklungsganges des Rechtes in Deutschland werden in diesem Stadium noch andere Erscheinungen wirksam, so die skrupellose Entlehnung fremder Rechte und der Aufbau ganz neuer Rechtsgebilde zufolge Veränderung der Lebens- und Staatsverhältnisse (Städtewesen, Gewerbe, Landeshoheiten innerhalb des Reiches u. a.), wirksam in der Richtung des Zurückdrängens des sozialen Instinktes als rechtsbildenden Faktors. Aber im Hintergrunde steht dieser doch noch, und wo es not tut, kommt er auch hier zur Geltung. Der Inhalt des im Drange verschiedener Motive bewußtermaßen gebildeten Rechtes ist freilich sehr verschieden; der Rechtssinn der Westgoten sieht die furchtbaren Prügelstrafen ihres Kodex für ebenso berechtigt an, wie der mittelalterliche deutsche Rechtsgedanke sich mit Ketzerverbrennung, Hexenverfolgung, Folter und grausamen, verstümmelnden Strafen abfindet. Die Gerechtigkeit als Eigenschaft der Menschen steht eben in Verbindung mit den anderen Eigenschaften der Menschen,[3] mit

---

[1] So entstand ein großer Teil der Vedenliteratur des alten Indien.

[2] Siehe unten § 8 S. 28ff.

[3] Über diese Zusammenhänge siehe Gareis, Enzyklop. § 6 III a. E. S. 28.

ihrer Gefühlsroheit wie mit ihrer wirklichen oder vermeintlichen Religiosität oder Frömmigkeit, aber selbst die fanatische Verfolgung Andersdenkender und die raffinierte Grausamkeit willkürlich Strafen erfindender Richter kann noch als Resultat der — freilich von der üblen Nachbarschaft anderer Eigenschaften der Menschen infizierten — Gerechtigkeitsidee angesehen werden, gleichviel ob der Rechtssinn anderer Zeiten gegenüber jenen Vertretern der Justiz auszurufen zwingt: „Verzeihe ihnen, sie wissen nicht, was sie tun!" oder „Wer den Besten seiner Zeit genug getan, der hat gelebt für alle Zeiten." Bringt somit die Reflexion, das bewußte Handeln der Menschen als Gesetzgeber und Richter eine Verwilderung und Verrohung in die Rechtsbildung und Rechtspflege, so beginnen um dieselbe Zeit doch auch schon Unterscheidungen sich geltend zu machen, die Fortschritte im Rechte bedeuten, so die Berücksichtigung einzelner Motive und die Annahme von Schuldgraden, und damit eröffnet sich eine neue Perspektive für die Gerechtigkeit: die Individualisierung der Handlungen nach den Individuen, welche sie vornehmen oder dafür verantwortlich gemacht werden. Die vorerwähnten ungleichen Vorstellungsreihen führen zu ungleichen Handlungen, das Lust- und Unlustempfinden der Individuen, aber auch das der herrschenden Gemeinwesen wird dadurch verschieden angeregt, Konflikte entstehen im Menschen und unter den Menschen in bezug auf die Bewertung, die Gerechtigkeit nimmt ihren Maßstab nicht mehr naiv aus dem sozialen Instinkt, d. i. aus sich selbst allein, nicht mehr aus dem Unbewußten allein, wie im Zeitalter der êwa, sondern sie nimmt Ideale aus dem Bewußten, sie läßt sich durch Erwägungen leiten, die nicht von der reinen Natur, sondern von der Kultur der Menschheit ausgehen. Wie dann die Ansichten der Menschen in bezug auf die Kulturideale auseinandergehen, so auch die Bewertung ihrer Handlungen in Recht und Unrecht, durch Gesetzgebung und Rechtspflege.

§ 5.

Auf der Kulturhöhe der Neuzeit, in Europa zumal, setzt sich die Verschiedenheit der Anschauungen über die Menschheitsideale und der diesen entsprechenden bewußten Rechtsbildungen fort, das instinktive Handeln räumt dem bewußten, das instinktive Rechtfinden dem bewußten Gesetzgeben und dem entsprechenden Rechtsprechen das Feld fast ganz, — aber doch nicht ganz: und dem Gesetzgeber selbst schwebt stets die Gerechtigkeit als ein Leitstern vor, dem er oft ausgesprochen, — oft aber auch unausgesprochen folgt.[1] Aus der

[1] Liest man die Protokolle oder Stenogramme über gesetzgeberische Verhandlungen unserer Zeit oder die Denkschriften oder Begründungen zu modernen Gesetz-

Mannigfaltigkeit der bewußt gewählten Ideale der Gesetzgeber und ihrer Werke, aus der bunten Menge der Rechtsbildungen und der durch sie erstrebten Zwecke, aus allen Konflikten über die Interessen der Einzelnen und der Gemeinwesen in, außer und über den Staaten ragen drei monumentale Erscheinungen der Gerechtigkeitsidee, die der Neuzeit angehören und den Stolz und die Hoffnung derer bilden, die in der Gerechtigkeit den oder einen Zentralbegriff der menschlichen Kultur und in der ganzen Entwicklungsgeschichte eine einheitliche immanente Idee,[1] die sich kraft des Schöpfungsplanes entfalten muß, erblicken und verehren. Diese drei Emanationen der Gerechtigkeitsidee sind:

1. die Anerkennung der Interessengemeinschaft der Staaten und Völker;

2. die Anerkennung eines als „öffentliches Wohl" bezeichneten Interesses jedes Staats und

3. die Anerkennung des Rechts der Persönlichkeit (der Menschenwürde) in jedem Menschen.

Auf diesen drei Errungenschaften der menschlichen und insbesondere sozialen Entwicklung beruht unsere heutige Kulturordnung, soweit sie überhaupt auf juristischen Momenten steht.

Zu 1. Die Anerkennung der Interessengemeinschaft der Staaten und Völker hat auf dem Rechtsgebiete das Völkerrecht erzeugt und im Völkerrecht ihren juristischen Ausdruck gefunden. In der tatsächlichen Schaffung eines Systems von Rechtsregeln für das Verhältnis der Staaten untereinander ist eine Äußerung des sozialen Instinktes zu begrüßen, die noch heutzutage keine andere Fundamentierung hat als eben diesen Instinkt, die necessitas, eine Quelle, ja die erste und älteste Quelle aller völkerrechtlichen Normierung und Bindung, eine einfache und unmittelbare Folge der Lust- und Unlustempfindung der Menschen gegenüber sie fördernden bezw. sie bedrohenden Erscheinungen, — ganz so wie im Zeitalter der êwa die Normierung auftauchte und gegolten hat. Worin denn sonst liegt die bindende Kraft jenes ca. 1300 Jahre vor Chr. vom Pharao Ramses II. (Sesostris) mit dem Hethiterkönig abgeschlossenen großen Friedens-

---

entwürfen, so begegnet man an zahllosen Stellen den Redewendungen: „es entspricht der Gerechtigkeit", oder „es ist ein Gebot der ausgleichenden Gerechtigkeit", vgl. z. B. Protokolle der Komm. f. d. II. Lesung. d. Entw. z. B.G.B. II S. 348 u. a.

[1] Vgl. J. Kohler im Jur. Lit. Bl. 1904 S. 222, — es ist aber für diese Darstellung, die Erörterung des Gerechtigkeitsbegriffs, gleichgültig, ob Schöpfungsplan und Entwicklung im Sinne des Darwinismus oder im Sinne des Pantheismus oder der von diesen wohl zu unterscheidenden Ed. v. Hartmannschen-Philosophie des Unbewußten oder im Sinne eines bestimmten religiösen Bekenntnisses gefaßt wird.

vertrags, dessen Wortlaut uns bekannt ist?[1] Wir haben keine andere Begründung der Heilighaltung der völkerrechtlichen Verträge, die gegenüber dem Wechsel religiöser Anschauungen, welche man unter Anrufung der Staatsgottheiten bei Vertragsschlüssen als Garantiemittel heranzog, und gegenüber philosophischen Auffassungen Stich hält, als die auf die Natur der lust- und unlustempfindenden Menschen,[2] oder was dasselbe ist, auf die Notwendigkeit des Rechts (necessitas schon im Sinne der römischen Juristen) zurückgehende.[3] Der Begründer der Wissenschaft des Völkerrechts, Hugo Grotius, hat dies wohl erkannt, freilich im Gewande des Naturrechts, dem er huldigt, und er hat auch den Kern der Aufgaben des Völkerrechts erkannt, die Anerkennung und den Schutz der Interessengemeinschaft der Staaten und der Menschheit in den Staaten.[4] Nur weil man dieser Erkenntnis sich anschließen konnte, ja mußte, sind die enormen Fortschritte des Völkerrechts in unserer Zeit möglich gewesen, die zahlreichen Verkehrsverträge, die Milderung des Kriegs durch Zweck- und Mittelbegrenzung, die Friedensbestrebungen usw.,[5] vor allem aber die juristische Formulierung und Ausbildung der Grund- oder Persönlichkeitsrechte der Staaten.[6]

Gerecht im Sinne des Völkerrechts ist demnach alles, was im Sinne dieser Anerkennung der Interessengemeinschaft und insbeson-

---

[1] Handbuch d. Völkerrechts, herausgegeben von Fr. v. Holtzendorff, Bd. I S. 168, 169. [2] Vgl. ebenda S. 12.

[3] Modestinus libro I regularum; Dig. I 3, 40. Vgl. Gareis, Völkerrecht 2. Aufl. 1901 § 9 S. 33, 34 und Enzyklop. § 12a S. 54 u. § 54. — Vortrefflich äußert sich E. Ullmann, Völkerrecht (in Handbuch des öffentlichen Rechts I 2, 2 [2. Aufl. 1898] S. 27, 28) über die primitive Entstehung der Rechtsregeln, indem er gleichzeitig den Angriff, welchen O. Nippold (Der völkerrechtliche Vertrag, 1898 S. 13 ff.) gegen die Zulässigkeit der Auffassung der necessitas als Rechtsquelle schlagend zurückweist.

[4] „Der nationale Egoismus weicht den Forderungen der immer mehr in den Vordergrund tretenden Macht der internationalen Gemeinschaft" so E. Ullmann, Völkerrecht a. a. O. S. 3 ff., dessen ganze Auffassung des Völkerrechts auf der Annahme der solidarischen Interessen der Völker beruht, die in dem genannten Werke hervorragend begründet ist, a. a. O. u. passim. — Ebenso Fr. v. Liszt, Das Völkerrecht (2. Aufl., Berlin 1902) S. 2 ff. — Über die internationale Interessengemeinschaft s. auch Gareis, Völkerrecht S. 2, 3, 18, 21, 29, 196 ff. u. a.; vgl. auch meinen in folg. Anm. genannten Vortrag.

[5] Gareis, Die Fortschritte des internationalen Rechts im letzten Menschenalter. (Dresden 1904), auch in Neue Zeit- u. Streitfragen, Dresden, Verlag von v. Zahn & Jaensch (Vortrag in der Gehe-Stiftung).

[6] Die systematische Aufstellung der besonderen Kategorie „Grundrechte" wird in neuester Zeit in einer Anzahl von völkerrechtlichen Werken bekämpft, so in dem von Jellinek, Heilborn, Triepel, zum Teil auch von Ullmann, sicher mit Unrecht, wie sich aus v. Liszt, Völkerrecht § 7 insbes. S. 53 Anm. 2 ergeben dürfte, vgl. auch Gareis, Völkerrecht §§ 24—28.

dere der Grundrechte geschieht, denn die Vorkommnisse dieser Richtung erregen das Lustgefühl, das Behagen des auf der Höhe unserer Kultur stehenden Menschen, während eine entgegengesetzte Handlung, z. B. Friedensbruch, Vergewaltigung eines sich keines jenem Behagen entgegengesetzten Verhaltens schuldig machenden Staates, Grausamkeit in der Kriegführung usw. Unlust, Unbehagen und die Reaktion dagegen hervorruft und als ungerecht bezeichnet wird.

Zu 2. Innerhalb eines jeden Staates ist das „öffentliche Wohl" das erstrebenswerte Ziel aller Staatstätigkeit: salus publica suprema lex esto. Dieser Satz ist nicht modern, schon das alte Hellas lebte darnach, aber er hat eine neue Bedeutung erlangt, insofern

a) die gesellschaftliche Bedeutung der Staatstätigkeit in unserer Zeit anders als früher ins Auge gefaßt und

b) das Verhältnis dieser Staatstätigkeit zu den Rechtssphären der Subjekte im Staate rechtlich geregelt ist, vor allem in der Anerkennung und Beschirmung der Persönlichkeitsrechte, von denen nachher besonders zu sprechen ist (s. unter 3.). Dabei ist aber der uralte Streit, was das öffentliche Wohl sei, nicht beendigt; wie seit Jahrhunderten, wird die öffentliche Wohlfahrt von den einen in geistigen Gütern, in Verwirklichung des Sittengesetzes (Hegel), von den anderen im materiellen Wohlstande des Volkes gesucht und erstrebt. In diesen Streit einzutreten ist hier nicht der Raum, aber auch nicht Anlaß, denn es genügt hier, festzustellen, wie sich der Gerechtigkeitsbegriff zu dem der salus publica verhält.

Man findet dieses Verhältnis durch folgende Betrachtung: gewiß ist, daß in den uns bekannten geschichtlichen Entwicklungen der Völker zu allen Zeiten das „öffentliche Wohl" zahlreiche Opfer der Individuen forderte: die Fähigkeit, sich selbst oder sein Vermögen aufzuopfern, auch körperliche Qualen zu ertragen, sind verdienstliche Eigenschaften, insofern durch sie das Individuum wertvoll wird für die Sozietät.[1] „Die Menschheit kann keine Fortschritte machen, ohne Einzelne und ganze Klassen zu opfern, zu verstümmeln."[2] Es kann gar keine Rede davon sein, das Wohl aller als das „öffentliche Wohl" zu proklamieren: die gleiche Behandlung aller ist nur in der Idealwelt, der Welt der reinen Idealgüter möglich: die christliche Liebe soll — theoretisch und praktisch — alle Menschen umfassen,[3] und „die höhere Gesittung und ihre Güter sollen auch den unteren

[1] S. Exner a. a. O. S. 269.

[2] Schmoller, Grundfragen (1898) S. 34, — quia „communis utilitas speciali utilitati praefertur," Innoc. III c. 18 X. de reg.

[3] Dieser ethische, nicht der juristische, Gedanke des „Lebens für Andere" hat seine besondere Ausbildung im Christentum gefunden, als neues Gebot, das der Liebe, neu auch gegenüber Seneca und der Stoa, vgl. W. Oncken, Aristoteles Bd. II S. 70, siehe hierzu aber S. 12 am Ende, Anm. 5.

Klassen — schon vom rein wirtschaftlichen Standpunkte aus — keine ganz unbekannte Welt sein."[1] Die Herstellung der Vermögensgleichheit, die von manchen als eine Forderung der Gerechtigkeit, der austeilenden Gerechtigkeit gepriesen wird, würde, wenn sie bei der Ungleichheit der Veranlagung der Menschen überhaupt, auch nur für eine Generation, denkbar wäre, der „öffentlichen Wohlfahrt" nicht förderlich sein: ganz richtig ist, was von anderer, sehr sachkundiger Seite über die soziale und wirtschaftliche Gleichheit geurteilt wird: „gerade in dem sogenannten Mißverhältnis der Arbeit zum Kapital, in der ungleichartigen Zusammensetzung der Gesellschaft liegt das persönlich Menschliche derselben. Bei der Gesellschaft der Hunde, der Pferde, des Rindviehs usw. herrscht vollständige soziale Gleichheit. Die völlige Ausgleichung der gesellschaftlichen Gegensätze ließe sich nur herstellen durch ein goldnes Zeitalter der allgemeinen Dummheit und des allgemeinen Elends, nicht aber der völlig gleichmäßigen Bildung und des völlig gleichmäßigen Besitzes."[2]

Nicht im Gleichmaß bei der Zuteilung und Erhaltung der den Einzelnen dienenden Güter kann das Ideal der Gerechtigkeit erblickt werden oder die salus publica liegen, sondern wiederum nur im Lust- bezw. Unlustgefühl des Gemeinwesens. Dies ist das Entscheidende auch in der Frage, ob die Standesverschiedenheit und die Vermögensverschiedenheit als gerecht oder als ungerecht zu bezeichnen seien, und das Lust- und Unlustgefühl richtet sich dabei nach dem Wohlbefinden des Gemeinwesens, welches nicht bloß aus der jetzt lebenden Generation, sondern immer auch aus der gedachten Nachkommenschaft, der Nachwelt des empfindenden und beurteilenden Gemeinwesens besteht. Die Gerechtigkeit besteht also gegenüber den Anforderungen des Gemeinwohles an die Individuen darin, daß dem mit Rücksicht auf die Mit- und Nachwelt unseres Gemeinwesens sich bildenden Lust- und bezw. Unlustgefühl entsprochen werde. Bevorzugungen und Benachteiligungen Einzelner sind dabei keineswegs von vornherein als ungerecht ausgeschlossen, sie werden vom Gemeinwesen ertragen und von den Einzelnen innerhalb desselben der Regel nach auch, solange eben nicht jenes natürliche Lustempfinden verletzt, das Unlustempfinden hervorgerufen wird durch die Bevorzugung oder Benachteiligung.[3] Das Volksrechtsbewußtsein der Deutschen hat den bevorzugten Stand des Adels nicht bloß ertragen, sondern geradezu geschaffen, instinktiv, d. h. dem sozialen Instinkt (s. oben S. 7, 8) folgend, fügte man sich dem Besseren, dem Muti-

[1] Schmoller a. a. O. S. 65.

[2] W. H. Riehl, Die bürgerliche Gesellschaft S. 468, vgl. Lotmar a. a. O. S. 94.

[3] Vgl. hinsichtlich der Unterschiede schon auf frühester Kultur das oben S. 11 Gesagte über die Entstehung des Häuptlingsrechts.

geren, dem Klügeren und seiner die bevorzugten Eigenschaften erbenden Familie; und als der alte germanische Adel untergegangen war, entstand ein neuer bevorzugter Stand im Adel des deutschen Mittelalters, und mit Recht hat man gesagt, daß auch alle erbliche Bevorzugung in dem Maße als gerecht empfunden wird, als das Volksgefühl nicht die Eigenschaften der isolierten Individuen, sondern der Familien im ganzen würdigt, eine Auffassung, die mit höherer Kultur allerdings immer mehr zurücktritt.[1]

Auch die Benachteiligung Einzelner wird nicht als ungerecht empfunden, wenn sie nach dem Rechtsgefühl des Gemeinwesens im Interesse des Gemeinwohles liegt, auch die Ungleichheit erscheint unter dieser Voraussetzung als gerecht, und der Sturmbefehl des Feldherrn, der den Untergang schuldloser, ja ausgezeichnet veranlagter und verdienstvoller Individuen zur Folge hat, wird nicht als ungerecht zu verwerfende Tat angesehen, die Opfer werden beklagt, der Feldherr aber nicht angeklagt, wenn jener verhängnisvolle Befehl im Interesse des Gemeinwesens lag, von der salus publica erheischt war. Die Gerechtigkeit verlangt neben letzterem in solchen Fällen nur, daß die Opfer, welche für das Gemeinwohl gebracht werden müssen, so sehr als möglich eingeschränkt und, soweit es geht, wieder gutgemacht werden:[2] die Einschränkung, Gefährdung oder gar Vernichtung der Persönlichkeit und ihres Rechtes muß aber eine **möglichst geringe** sein, das ist das aus dem 3. Kulturergebnis (s. unter 3.) hierher zu Folgernde; unter Umständen verlangt das Rechtsgefühl des Gemeinwesens gar nicht einmal die Entschädigung der im öffentlichen Interesse Benachteiligten: die ungemessenen Fronen wurden ohne Entschädigung aufgehoben, und die durch einen Eisenbahnbau wirtschaftlich benachteiligten Fuhrleute und Straßenwirtschaften werden nicht entschädigt. Der Blick des Gemeinwesens reicht unwillkürlich weiter, jedenfalls über die vom Fortschritt übel betroffenen Individuen hinaus. „In der Natur ist jedes Individuum nur das Mittelglied in der unabsehbaren Kette, welche die Generationen der Vergangenheit mit jenen der Zukunft verbindet. Die kultivierte Gesellschaft muß, um ihren Bestand zu sichern, weit mehr auf die natürliche Züchtung dieser Ketten als auf das Wohlbefinden des Individuums Rücksicht nehmen.“[3] Freilich hat auch der Lebende recht, es ist Quantitätsfrage, wie weit sich die Lebenden zugunsten der Zukunft Einschränkungen, Benachteiligungen, ja selbst Vernichtung gefallen lassen müssen, und ebenso wie weit in der Gegenwart selbst der Einzelne zugunsten der Gesamtheit, der er angehört; entscheidend

[1] Schmoller a. a. O. S. 39. Lotmar a. a. O. S. 39.

[2] Vgl. Schmoller a. a. O. S. 34.

[3] Exner a. a. O. S. 271.

aber ist das Lust- oder Unlustempfinden, und zwar wieder nicht das des Einzelnen, sondern das der Gesamtheit, das ist die Gerechtigkeit: „nicht was ich für Recht halte, ist Recht, sondern Recht ist nur, wenn die Gemeinschaft, zu welcher ich gehöre, als Recht erkannt und, weil sie es erkannt hat, als Recht ausgesprochen hat.“[1]

Zu 3. Obgleich nach dem eben Gesagten das Gemeinwesensempfinden entscheidend ist über das, was Rechtens sein soll, und gerade der Neuzeit der Triumph des öffentlichen Interesses über das private, der Sieg des Altruismus über den Egoismus in der Sozialpolitik der modernen Staaten als das ihr Signifikante nachgerühmt wird, darf mindestens mit gleicher Berechtigung der besondere Schutz der individuellen Rechtssphäre als der modernen Gerechtigkeitsidee charakteristisch bezeichnet werden; es zeigt sich dies einerseits in der zunehmenden Ausbildung des Verwaltungsrechts und der staatlichen Verwaltungsrechtspflege und andrerseits in der Anerkennung der Persönlichkeits- oder Individualitätsrechte als einer besonderen Gruppe von Privatrechten,[2] sowie in der intensiven und extensiven Entwicklung des Inhalts der dieser Gruppe angehörenden Berechtigungen.[3] In jener Ausbildung des staatlichen Verwaltungsrechts wird die Rechtsgarantie der Einzelrechtssphären begrüßt und der Herrschaftsanspruch des „öffentlichen Wohles“ wie erwähnt — siehe vorige Seite — eingeschränkt, und zwar formell durch die Forderung der Fundierung jedes Eingriffs der Staatsverwaltung auf ein Gesetz (im formellen Sinne) und materiell durch den Grundsatz der Proportionalität: als der Gerechtigkeit entsprechend wird nur jene Beschränkung des freien Handelns der Menschen anerkannt, welche nicht weiter reicht als notwendig ist, um das Ziel zu erreichen, insbesondere eine Forderung des öffentlichen Wohles durchzusetzen. Wir nennen ein Gesetz nur dann gerecht, wenn es dem Grundsatz der Proportionalität zwischen Zweck (Ziel, Interesse) und Mittel (Einschränkung, Zwang) entspricht.[4] Dies gilt sowohl im Verhältnis des Gemeinwesens zu den Einzelnen, als auch im Verhältnis der Letzteren untereinander. Auch das öffentliche Wohl (s. oben unter 2 S. 18) darf nicht schrankenlos gegenüber den Einzelnen durchgesetzt werden; was für das Individuum unbeschadet der Zwecke des Gemeinwohles als

---

[1] B. Windscheid, Die Aufgaben der Rechtswissenschaft (Rektoratsrede), Leipzig 1884, S. 4, 7, auch P. Oertmann, Windscheids Gesammelte Reden usw., Leipzig 1904, S. 102 ff.

[2] Vgl. Gareis, Enzyklop. §§ 17, 18.

[3] Insbesondere der literarischen, künstlerischen und technischen Urheberrechte; hinsichtlich des künstlerischen Urheberrechts siehe nun Deutsches R.G. v. 9. Januar 1907, welches namentlich bezgl. der Photographie, der Architektur und des Rechts am eignen Bilde den Typus modernster Rechtsbildung trägt.

[4] Über diesen Grundsatz siehe Gareis, Enzyklopädie § 8 III S. 43.

eigne Rechtssphäre gerettet werden kann, das soll, — nach unserem heutigen Rechtsempfinden — dem Einzelnen gerettet werden und bleiben, denn die Persönlichkeit eines Jeden ist im Rechtsstaate selbst für den Staat ein Rechtsgut und der moderne Kulturstaat ist in diesem Sinne Rechtsstaat. Daraus ergeben sich Grundsätze der Gerechtigkeit sowohl für die Gesetzgebung als auch für die Verwaltung und Rechtspflege; unter diesen Grundsätzen steht die Privatrechtsbildung und Privatrechtspflege, wie Strafrecht und Strafrechtspflege, Steuerrecht und überhaupt fiskalisches Recht, Verwaltung und Verwaltungsrecht und seine Ausübung in allen Sphären der Gemeinwesen des Staates und in den Staaten. Dies im einzelnen darzustellen, würde viele Bände füllen, es genügt hier, darauf hinzuweisen, daß die Gerechtigkeit aller dieser Normierungen darin liegt, daß dem Lust- und bezw. Unlustempfinden des Gemeinwesens Rechnung getragen werde. Dieses Empfinden wird — und dies allein kann allgemein ausgesprochen werden — nach der modernen Gestaltung des Gerechtigkeitsbegriffs jedenfalls verletzt, wenn entweder

a) die Interessengemeinschaft der Staaten verletzt wird (Völkerrechtsbruch, siehe oben S. 19, 20) oder

b) die öffentliche Wohlfahrt gefährdet oder

c) ein Persönlichkeitsrecht mehr als erforderlich eingeschränkt oder verletzt wird.

Mehr läßt sich über Begriff und Wesen der Gerechtigkeit vom Standpunkt unserer heutigen Kultur aus nicht sagen; es bleibt entscheidend immer das Lust- und Unlustempfinden des Gemeinwesens, jener mystische Vorgang, der mit der Natur den Menschen wesentlich gegeben ist und historisch verschieden ausgestaltet wird; es hat sich gezeigt, daß Gerechtigkeit nur in einem höchst beschränkten und formalistischen Sinne gleichbedeutend ist mit Gesetzmäßigkeit, wir sprechen auch von ungerechten Gesetzen, setzen also den Begriff Gerechtigkeit über die Gesetzgebung;[1] es hat sich ferner gezeigt, daß das „suum cuique tribuere“ insofern ein für den Gerechtigkeitsbegriff inhaltloses Wort ist, als ja das „Suum“ vom Gemeinwesen (also vom Gesetzgeber oder von der Überzeugung der im Banne der Gewohnheit stehenden Volksgenossen) erst bestimmt werden muß, und zwar eben nach den Forderungen der Gerechtigkeit.

§ 6.

Nach dieser Feststellung bedarf es zur Abrundung dieser Erörterung nur noch einiger aphoristischer Betrachtungen, vor allem der des Grundes des Strafrechts. Warum straft der Staat? Die Ant-

[1] So z. B., wenn gesagt wird, das Dreiklassen-Wahlsystem sei ungerecht, oder die Einführung der Proportionalwahl sei eine Forderung der Gerechtigkeit.

wort kann nach allem oben Erwähnten nicht zweifelhaft sein: er straft, weil er muß, aus keinem anderen Grunde, als weil er muß, und zu keinem andern Zwecke, als um zu–strafen. Den von der ganzen deterministischen Richtung für die Seite des Delinquenten angenommenen Zwang, den Mangel der vollfreien Willensbestimmung, nehme ich gemäß aller meiner bisherigen Darlegungen für die dem Delinquenten gegenüberstehende Partei, die des Rechtes, des Richters und des Gesetzgebers in Anspruch.

Für die êwa-Zeit (siehe oben § 3 S. 8ff.), die jedes Volk jahrhundertelang durchmacht, ist dies ohne weiteres klar. Die Ausstoßung des Verbrechers erfolgt naturgemäß, wie ein kräftiger Körper einen schädlichen Stoff unschädlich macht, indem er Antitoxine erzeugt, die den Giften entgegenwirken, unbewußt, mit Naturnotwendigkeit.

Aber auch dann, wenn die Menschen in ihren entwickelteren Gemeinwesen zur Satzung des Rechts als zu einer bewußten Handlung (Gesetzgebung) gelangen, bleibt jener unbewußte Impuls zur Reaktion gegen das mit den Gemeinwesensinteressen Unvereinbare, jenes primitive Lust- und Unlustempfinden noch rege und wirksam. Wenn altfränkisches Volksrecht den, der entgegen dem Grafenbann nicht vor Gericht erscheint, mit einer Buße belegen läßt,[1] so schwebt dem Gesetzgeber gewiß der Gedanke vor: der angedrohte Nachteil, d. h. die Androhung des Nachteils schon wird den Mann veranlassen, sich auf der Malstätte einzufinden; und ebenso denkt der moderne Gesetzgeber, daß die Androhung einer Gefängnisstrafe Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft wohl abhalten wird, den Stand der Gesellschaftsverhältnisse wissentlich falsch darzustellen[2]: beide Gesetzgeber können erwägen und werden wohl auch erwogen haben, daß Nachteile von dem Gemeinwesen abgewendet werden müssen, und daß in der Strafandrohung und in der — soll diese nicht leeres Wort sein — auch notwendigen Strafanwendung eine schützende Maßregel des Staates liegt, ja die Ausübung der Strafgesetze kann so sehr von einem solchen bewußten Zielgedanken geleitet sein, die Strafe selbst also bewußt nur als Schutzstrafe oder Notwehrstrafe aufgefaßt werden, so daß der Gedanke daran, es werde von der Strafgewalt ein Akt der Gerechtigkeit geübt, ganz in den Hintergrund gedrängt wird, — dennoch ist die unbewußt treibende Kraft jener uralten — latenten — Gerechtigkeit auch in solchen einzelnen Strafandrohungen und Strafvollstreckungen vorhanden, das Lust- und Unlustgefühl des Gemeinwesens gegenüber dem mit dem Zusammenleben der Gemeinwesensgenossen Vereinbaren und bezw. Nichtvereinbaren. „Du glaubst zu schieben und du wirst geschoben," — dies gilt auch vom Staate als Strafgesetzgeber, das Gemeinwesen trachtet unbewußt

[1] Vgl. lex salica I 1. [2] H.G.B. § 314.

nach Realisierung seines Gerechtigkeitsideals. Man sieht dies schon daran, daß auch gegenüber den modernen Strafgesetzen und gegenüber irgend einem auf Grund eines solchen erlassenen Urteil immer noch die Gerechtigkeit sich als eigner Begriff mit dem ihr eignen Maßstab geltend machen kann und auch wirklich geltend macht: man spricht möglicherweise von einem Gesetze, daß es ungerecht sei, weil es zu hart sei, oder von einem Urteil, daß es ungerecht sei, obgleich es sich innerhalb der Schranken bewege, die der Gesetzgeber bei der Strafzumessung dem Richter gesetzt habe. Dem Strafdrange zu folgen, gebietet ein Naturgesetz dem Gemeinwesen, alle anderen Triebfedern, die Absicht, abzuschrecken, zu bessern, zu verteidigen, sind sekundär; das bewußte Eingreifen der Menschen in das soziale Leben ist immer das spätere und immer mangelhaft und unvollkommen, und zur rechtlichen Handlungsbewertung im Sinne einer nicht reinformalistischen Gerechtigkeit bietet uns die bewußt oder technisch geformte Rechtssatzung keineswegs das einzige oder ausreichende Material.[1] Zu den Motiven, die den Menschen abhalten, Gemeinwesenfeindliches zu tun, oder umgekehrt anhalten, Gemeinwesenförderliches zu tun, will der Gesetzgeber seinerseits eines hinzufügen durch die Rechtsregel, die er aufstellen zu müssen glaubt, bewußtermaßen bewegt durch irgend eine nähere Zweckbestimmung, unbewußt aber immer im Dienste der Gerechtigkeit, die auch über ihm steht. Und ganz ausgelöst und abgelöst wird das Unbewußte nie vom Bewußten, Intelligenz und Wille der Menschen mag noch so hoch entwickelt sein.

Die Gerechtigkeit verlangt ein Einschreiten, Eingreifen, Reagieren gegen das Gemeinwesensfeindliche, warum? Wir wissen es nicht! „Vergeltung“ ist dies nicht, auch nicht ein Ungeschehenmachen des Unrechts, factum infectum fieri nequit, auch nicht ein Kompensieren des Übels, welches der Verbrecher dem Gemeinwesen oder dem Rechte als einem idealen Dinge zugefügt haben soll, und des Übels, das nun „dafür“ ihm zugefügt wird, alle diese „mathematischen“ Gleichungen oder Ausgleichungen sind unzutreffend, bewußt dürfen wir auch nicht Rache,[2] auch nicht Kollektivrache nehmen, bewußtermaßen ist uns auch überhaupt keine Kompetenz, über menschliches Tun zu richten, bloß um zu richten, gegeben, bewußt dürfen wir uns verteidigen, schützen gegen Feindliches, abwehren, was unserm Zusammenleben schadet oder zu schaden droht unserer Menschheitsentwicklung; aber unbewußt arbeitet der hier vielfach erörterte Gerechtigkeitsgedanke, nämlich das vom Maßstab der jeweiligen Kul-

---

[1] Hierüber siehe ausführlich die guten Darlegungen von A. Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit usw. Halle 1905 S. 13 ff.

[2] Rache ist Wut, siehe oben Anm. 4 zu S. 11, 12.

turordnung geleitete Lust- und Unlustempfinden; der Strafgesetzgeber läßt sich von den nahen Nützlichkeitserwägungen leiten, auf diese ist er angewiesen, und so sucht er abzuwehren. zu verteidigen (aber nicht zu vergelten!), — daß er überhaupt fungiert, das verdankt er der unbewußt wirkenden Gerechtigkeitsidee, auf welche mithin alle strafrechtliche Kompetenz des Gemeinwesens als auf einen Naturvorgang, ein Göttliches zurückzuführen ist.

§ 7.

Da wir Menschen das Unbewußte, das Mystische und Unerklärliche gerne auf das Absolute, Unendliche zurückführen oder damit verknüpfen, liegt es, auch ganz abgesehen von positiven Religionsbekenntnissen, nahe, die Gerechtigkeit als göttlich und zwar nicht bloß in dem Sinne, wie wir das Bestehen einer Rechtsordnung wie des Rechtstriebes selbst als göttlich bezeichnen (siehe oben S. 8—9, auch S. 4), nämlich als eine Erscheinung der von Gott geschaffenen Menschennatur, sondern sogar als ein göttliches Attribut, eine Eigenschaft Gottes zu bezeichnen. Diese Übertragung einer für menschliche Verhältnisse bestimmten, menschlichen Verhältnissen entnommenen, und so uns Menschen gegebenen Eigenschaft[1] auf das — persönlich gedachte — höchste Wesen wird wiederum, abgesehen von den Postulaten positiver Religionsbekenntnisse, — logisch gedacht als die Verallgemeinerung eines Kausalverhältnisses: Gutes Werk muß gute Früchte tragen, böses böse. „Böses Werk muß untergehen, Rache folgt der Freveltat, denn gerecht in Himmelshöhen waltet des Chroniden Rat.“ Weil sich aber die Verwirklichung dieser Schlußfolgerung, überhaupt die Realisierung eines auf die Gerechtigkeit (siehe oben S. 16 § 5) gegründeten Weltschöpfungsplans auf dieser Erde nicht wahrnehmen läßt,[2] wird gerade auf die irdische Nichtbefriedigung des Rechtstriebs ein teleologischer oder der theologische Beweis für die Unsterblichkeit der Seele gebaut.[3] Für die rechtsgeschichtliche und rechtsphilosophische Betrachtung wird diese transzendentale Prolongation des Gerechtigkeitsgedankens in zwei hier zu erörternden Richtungen interessant, während die übrigen Beziehungen zwischen

---

[1] Hierüber siehe Felix Dahn in der Krit. Vierteljahrsschrift für G.G. und Rechtswissensch. (München) 1870 Bd. 12 S. 387 ff.

[2] Schillers Spruch: „Die Weltgeschichte ist das Weltgericht“ ist so wenig richtig wie der Goethesche: „Alle Schuld rächt sich auf Erden“.

[3] Schon wegen des sich hierin bietenden unermeßlichen Ausgleichungsbereiches in einer andern Welt ist die diesweltliche Gerechtigkeit nicht der Maßstab für die uns Menschen nicht zustehende „rechtliche Beurteilung“ überweltlicher Verhältnisse. Dahn, Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 12 S. 393. Vgl. auch unten S. 28 Anm. 3.

Religion und Recht hier[1] nicht den Gegenstand der Betrachtung bilden können. Die hier noch zu besprechenden Beziehungen zwischen der Gottesidee und dem Rechtstriebe sind der Eid und die Gottesurteile.

Wenngleich beim Eide in der germanischen heidnischen Zeit nicht immer der Gedanke bewegend war, es müßten die Götter direkt eingreifen zur Strafe des Meineides, so war doch zu allen Zeiten ein mystisches Unheil, ein zauberhaft eintretendes Verderben als Strafe für den Bruch des unter Eid gegebenen Wortes oder der unter Eid ausgesprochenen Unwahrheit gedacht und in diesem Sinne der Eid eine bedingte Selbstverfluchung, indem „der Schwörende für die Wahrheit seines Wortes sein Heil oder ein bestimmtes Gut einsetzte".[2] In der christlichen Zeit, wo man insbesondere unter der Formel schwört: „So wahr mir Gott helfe" ist stets das Heil der Seele eingesetzt.

In der stark bestrittenen Geschichte der Gottesurteile (Ordalien) sind vier Perioden zu unterscheiden:

1. Den Ursprung haben die Gottesurteile, soweit wir deren Geschichte verfolgen können, in einem Kultus gefunden, der den indogermanischen Völkern gemeinsam war,[3] in einer Zeit, in welcher die Gottesidee möglichst rein herrschte, d. h. möglichst wenig von anthropomorphen Vorstellungen und polytheistischer Spaltung angegriffen war; auf dieser Stufe decken sich die philosophische und religiöse Vorstellung vom Absoluten unter sich und mit der Moral (während nachher die eben erwähnten Entartungen die religiöse Vorstellung in Konflikt bringen mit dem Streben der Philosophie und den Idealen der Moral);[4] wird auf jener frühen Kulturstufe die Gottheit persönlich gedacht, so wird sie gerecht gedacht, ja, es läßt sich auch vorstellen, daß unter dem Walten des unpersönlichen Absoluten das dem Rechtssinne Entsprechende, das Gerechte zur Herrschaft, zum Siege gelangen müsse, wenn man nur diesem mystischen Walten die rechte Gelegenheit hierzu (sei es im Kämpfen,[5] sei es im Losen usw.) biete.

---

[1] Übersicht über diese siehe Gareis, Enzyklopädie § 6 III (3. Aufl.) S. 25—28.

[2] H. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte 2. Aufl. I. Bd. 1906 § 24 S. 257. von Amira, Grundriß S. 214.

[3] A. Kaegi (Zürich), Alter und Herkunft des germanischen Gottesurteils, (in der Festschrift zur Begrüßung der 39. Versammlung deutscher Philologen und Schulmänner in Zürich, Sept. 1887), unter S. 44 ff. H. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte 2. Aufl. S. 261 ff. und die dort angegebene Literatur.

[4] Vgl. Felix Dahn, Das Tragische in der germanischen Mythologie (Bausteine, Erste Reihe, Berlin 1879 S. 205 ff). Als heidnisch germanische Einrichtung faßt Felix Dahn die Gottesurteile, siehe Derselbe in seinen Studien zur Geschichte der germanischen Gottesurteile 1857. (Habilitationsschrift.)

[5] Übrigens ist für das germanische Recht gerade bei den Zweikämpfen mit großer Wahrscheinlichkeit bestritten, ob sie überhaupt Gottesurteile seien. Siehe von Amira, Grundriß S. 217, siehe aber unten S. 27 Anm. 2 und S. 28 Anm. 2.

2. In einer zweiten Periode wird die reinere Gottesidee von anthropomorphen Vorstellungen in den Hintergrund gedrängt und entstellt; auf dieser Kulturstufe, auf welcher „weder Allwissenheit noch Wahrhaftigkeit zum Wesen der Gottheit gehörte", kann „von der Gottheit die Enthüllung des Wahren schlechterdings nicht erwartet werden".[1] Auf dieser Kulturstufe sind die Gottesurteile also ganz gewiß nicht entstanden, aber doch als mehr oder weniger bewährte Mittel, Streitigkeiten zum Austrage, Prozesse zum Ende zu bringen, mechanisch, d. h. hier ohne religiöse Grundanschauung,[2] festgehalten und geübt worden. Ohne allen religiösen Grundgedanken, vielmehr nur als ein rein weltliches Hilfsmittel zur Streitbeendigung wird ja auch in modernen Rechten[3] das Los in Anwendung gebracht, und so mag in einer Periode, in der die Götter nicht als gerecht gedacht werden, Kampf und Los zur Entscheidung herangezogen worden sein.

3. Als in einer dritten Periode das Christentum zur Herrschaft gelangte, war die Voraussetzung einer reinen Gottesidee wieder gegeben, die Gottheit wird hier unbedingt als gerecht und als allwissend gedacht, und daher konnte das, was tatsächlich von Gottesurteilen im Volke festgehalten worden war, nun auf eine religiöse Basis gestellt und sogar durch Liturgie gekräftigt werden. Aus dieser Periode stammt ja auch die Weisung: ut omnes iudicium Dei credant absque dubitatione.[4]

4. Aber schon von derselben Zeit an, aus welcher die zuletzt erwähnte Weisung stammt, beginnt der Zweifel und eine Reaktion gegen

---

[1] So gewiß zutreffend von Amira, Grundriß S. 218.

[2] Doch sagt das an ältere Überlieferungen unzweifelhaft anknüpfende burgundische Gesetz (v. J. 501) bei der Regelung des Zweikampfrechtes ausdrücklich: „*Deo iudicante confligat*" l. burg. c. XLV in Mon. Germ. LL. 4⁰ sect. I. tom. II. pars I p. 76. (L. R. v. Salis.)

[3] Preuß. L.R. I 11 §§ 569—571. Der Gebrauch des Loses ist als ein Mittel zur Auseinandersetzung über gemeinschaftliche unteilbare Sachen erlaubt usw. § 572. Auch der Richter kann sich des Loses bei Auseinandersetzungen und Teilungen bedienen, wenn entweder die Parteien damit einig sind, oder kein anderer Ausweg übrigbleibt.

Preuß. L.R. I 12 § 394. Haben mehrere Erben oder Legatare unter Sachen von gleicher Art eine Wahl vorzunehmen, so entscheidet das Los, in welcher Ordnung sie wählen sollen.

Preuß. L.R. I 17 § 28 (bei gemeinschaftlichem Eigentum). Kann auch hiernach der Streit nicht entschieden werden, so muß das Los in Anspruch genommen werden.

B.G.B. § 659 Abs. 2. Läßt sich die Belohnung wegen ihrer Beschaffenheit nicht teilen oder soll nach dem Inhalte der Auslobung nur einer die Belohnung erhalten, so entscheidet das Los.

B.G.B. § 752. Die Verteilung gleicher Teile unter die Teilhaber geschieht durch das Los.

[4] Mon. Germ. LL. 4⁰ sect. II. Cap. reg. Franc. edd. Boretius I. p. 150. Cp. 62, 20 (v. Jahre 809). Ferner: Conc. Tribur. (i. J. 895) c. 22 (= c. 15 C. II qu. 5).

die Hereinziehung der Gottheit in die menschlichen Händel, in die irdischen Streitigkeiten; die Reaktion ging von den höheren Klerikern[1] und von den Gebildeteren überhaupt aus, während der niedere Klerus, wie es scheint, dem Volksglauben sich anschließend, zunächst noch mit dem Volke und der Gerichtspraxis an dem überkommenen und festeingewurzelten Rechtsmittel festhielt.[2] Schließlich gelangte, und zwar noch in der ersten Hälfte des deutschen Mittelalters, die Überzeugung zum Ausdruck, daß Gott auch den Unschuldigen im irdischen Kampfe unterliegen lassen[3] und dadurch prüfen könne, und daß an dem göttlichen Verbote festzuhalten sei: „Non tentabis Dominum Deum tuum".[4]

Während nun die Gottesurteile aus den angedeuteten Gründen außer Gebrauch und Rechtsübung kamen, erhielt sich der Eid in dem oben (S. 26) erörterten Sinne; er konnte sich bis zum heutigen Tage erhalten, weil sich das „So wahr mir Gott helfe" im Eide nicht auf einen irdischen Erfolg (Kampfessieg oder dgl.) sondern „auf der Seelen Seligkeit" bezog und bezieht.

§ 8.

Einen direkten Appell an die Gerechtigkeit in dem von mir erörterten Sinn enthält die Bewegung, welche man seit etwa einem Menschenalter mit zunehmender Stärke auftreten sieht und als Bewegung für das freie Recht zu bezeichnen beginnt: es wird als eine Forderung der modernen Kultur gepriesen, daß der Richter nach freiem Recht urteile und daß der Gesetzgeber seine Befehle und Verbote nach der Richtung erlasse, welche ihm das freie Recht vorzeichnet; dieses freie Recht ist nicht etwa das sogenannte Naturrecht, — in den Irrtum, ein für alle Zeiten und Völker gleichmäßig

---

[1] Verbot der Monomachia schon unter Papst Nicolaus I. (i. J. 867) in c. 22 C. II qu. 5, dann unter Stephan V. Verbot des ferrum candens und der aqua fervens — als superstitiosa adinventio — (i. J. 886) in c. 20 C. II qu. 5 und unter Alexander II. (cc. 1070) c. 7 § 1 l. c.

[2] Dies läßt ganz deutlich die Erklärung des langobardischen Gesetzgebers erkennen, der sagt: Quia incerti sumus de iudicio Dei, et multos audivimus per pugnam sine justitia causam suam perdere; sed propter consultudinem gentis nostrae Longobardorum legem ipsam vetare non possumus. Edictus Langobard. Liutprandi leges de anno XIX (p. Chr. 731), II. Pertz Mon. Germ. LL. IV p. 156.

[3] Vgl. oben S. 25 Anm. 2 und Anm. 3.

[4] Evang. Matth. 4, 7. Deut. 6, 16, hiernach Decretale: Licet apud judices saeculares vulgaria exerceantur judicia, ut aquae frigidae, vel ferri candentis sive duelli, huius modi tamen judicia Ecclesia non admisit; cum scriptum sit in lege divina: Non tentabis Dominum Deum (Deut. VI). Innocentius III pp. episcopo et custodi Argentinensi. Laterani, V id. Jan. pontif. nostri ao. XIV (1215). Migne PP. LL. CXXXVIII. Tom. 216 p. 502.

geltendes unabänderliches Recht für geltend oder auch nur für möglich zu halten, verfällt jene durchaus modern sich gerierende Bewegung nicht —, das freie Recht soll im schroffen Gegensatze zum — stabilen — Naturrecht ein äußerst bewegliches Recht, ein Recht sein, welches sich jeweils und immer wieder umgestaltet nach der jeweiligen Kulturhöhe und den Kulturbedürfnissen und die Menschen und Rechtsfälle höchst individualisierend behandelt, daher auch nicht das leicht alternde Gewohnheitsrecht ist, sondern ein Recht, welches sich dem Richter von selbst, d. h. unabhängig von Altersheiligung, aber auch unabhängig von staatlicher Machtäußerung, als ein Geltendes aufdrängt, von ihm gefühlsmäßig gefunden wird, deutlich angesichts des einzelnen Rechtsfalles zu ihm spricht und vom Richter, der es vermöge seines Rechtsgefühles und Rechtstaktes wahrnimmt, spontan in Anwendung gebracht wird; inhaltlich kann dieses von der sogenannten voluntaristischen Bewegung befürwortete Recht mit den vom Staat aufgestellten Vorschriften übereinstimmen, es kann aber auch abweichen von letzteren, seine ganze Macht liegt in der Überzeugung von seiner Richtigkeit oder Angemessenheit; seine hauptsächlichste praktische Äußerung liegt in der Rechtspflege, in der Rechtsprechung vor allem; aber auch für den Gesetzgeber ist es wichtig, seine besten Werke schöpft er aus ihm, und er soll nur aus ihm schöpfen.

Nach dieser Theorie, welche Wahres und Falsches, Klares und Unklares mischt,[1] soll der moderne Richter sich freilich zunächst, wie dies ja sein Richtereid mit sich bringt, an den klaren Wortlaut des Gesetzes halten, aber ohne extensive Interpretation, ohne juristische Konstruktion, ohne Fiktion und ohne Analogie, — statt aller dieser gegenüber einem unklaren und unzulänglichen Wortlaute der Gesetze seither gebräuchlichen Hilfsmittel soll der Richter eben das freie Recht anwenden dürfen, ja müssen; letzteres aber auch schon dann, wenn er sich überzeugt, daß es nicht wahrscheinlich sei, daß die gegenwärtige Staatsgewalt so, wie das Gesetz lautet und zu verlangen scheint, jetzt entschieden haben würde; in einem solchen Falle

[1] Aus der bereits recht bedeutenden Literatur dieser Theorie sei vor allem genannt: „Der Kampf um die Rechtswissenschaft". Von Gnaeus Flavius, Heidelberg 1906, Carl Winters Universitätsbuchhandlung. — Ferner: Ehrlich, Freie Rechtsübung und freie Rechtswissenschaft (1903) und die übrigen bei Gnaeus Flavius (S. 50) genannten Schriften, unter welchen Stammlers Lehre vom richtigen Rechte (1902) jedoch besonders hervorzuheben und zu unterscheiden ist. — Über die zuerst genannte, jetzt besonders Aufsehen erregende Schrift, welche unter der Maske „Gnaeus Flavius" den Kampfplatz betritt, hat sich hervorragend J. Unger (Deutsche Juristenzeitung 1906, XI. Jahrg., No. 14 S. 781—787) und ferner A. Graf zu Dohna (Juristisches Literaturblatt No. 177 Bd. XVIII No. 7, 15. Sept. 1906 S. 157—158) kritisch geäußert.

soll er — also erforderlichenfalls contra legem — so entscheiden, wie die gegenwärtige Staatsgewalt seiner Überzeugung nach, wenn ihr der nun zu entscheidende Fall vorgelegen, entscheiden würde; und endlich soll freies Recht angewandt werden, wenn es sich um quantitative Abschätzung (z. B. Schmerzensgeld, Ersatz bei Immaterialgüterschädigung) oder um ganz verzweifelt verwickelte Fälle handelt, oder wenn die Parteien im Zivilprozeß es ausdrücklich wollen.[1]

Der ganzen Theorie vom freien Rechte ist direkt zu widersprechen, wo es den Subjektivismus über den Gemeinwesenswillen stellen, den Richter contra legem entscheiden lassen will; das Recht, nach welchem die Gemeinwesen leben, ist nun einmal Gemeinwesens-, nicht meine Individualsache, eine soziale oder Massensekretion,[2] und nicht, was ich für Recht halte, sondern was das Gemeinwesen, dem ich angehöre, für Recht hält, ist Recht. Das ist ja der wesentliche Unterschied zwischen der Rechts- und der Moralvorschrift (siehe unten § 9 S. 34ff.), und so einfach sind unsere Lebensverhältnisse längst nicht mehr, daß sie wie bei den Germanen vor König Eurich lediglich moribus et consuetudine[3] geregelt oder von der Bartweisheit eines arabischen Scheiks entschieden werden können; auch prozessual können unsere modernen Rechtsangelegenheiten nicht mehr so einfach dargelegt und behandelt werden, wie auf einer primitiven Kulturstufe. In einer früheren Kulturperiode haben die Deutschen schon einmal eine Herrschaft des freien Rechts durchgemacht, nämlich im Strafrecht des deutschen Mittelalters, von dem Ausgange der Karolingerzeit bis zum 16. Jahrhundert, und was war die Folge? Eine derartige Verrohung und Verwilderung der ganzen Strafrechtspflege, daß selbst die harte Halsgerichtsordnung Karls V. als eine Wohltat und Rettung gepriesen wurde und auch wirklich als solche anerkannt werden muß!

Ein geltendes Recht verlangt und erlangt immer seine Autorität vom herrschenden Gemeinwesen, ausdrücklich oder stillschweigend wird es vom herrschenden Gemeinwesen für geltend erklärt oder angenommen, und es wird dadurch verbindlich, verpflichtend und berechtigend. Nicht jedes Gemeinwesen ist geeignet, Recht zu setzen, nicht eine Kamorra, eine Maffia, eine Räuberbande oder Spielergesellschaft; nur dasjenige Gemeinwesen, welches herrscht, kann und darf darüber entscheiden, was Rechtens, was als Recht zuzulassen sei; es ist dies dasjenige Gemeinwesen, von welchem jenes Lust- oder Unlustempfinden ausgeht, das wir als entscheidend für das Wesen der Gerechtigkeit erkannt haben (siehe oben S. 7); es muß aber nicht gerade die Form des Gesetzes sein, in welcher das

[1] Gnaeus Flavius a. a. O. S. 40, 41.

[2] Siehe oben S. 6 bei Anm. 1.

[3] Nach Isidor von Sevilla, Chronicon zum Jahre 466.

herrschende Gemeinwesen zu erkennen gibt, woran es Lust oder Unlust empfinde; auch außerhalb der Gesetzgebung findet das Rechtsempfinden des Volkes im Staate, das Empfinden des Gemeinwesens, Mittel und Wege, sich mit dem tatsächlichen Anspruche auf Geltung (Verwirklichungstrieb) zu äußern, es gibt mit anderen Worten wirklich, auch heutzutage, noch freies Recht, freies Recht auf Gebieten, auf denen der Gesetzgeber den Richter im Stiche läßt oder zurücktritt oder zurückgedrängt ist vor oder von der Macht der Tatsachen.

1. Zurückgedrängt kann der Gesetzgeber, also der Staat, sein von der Macht der Tatsachen, wo sich Gewohnheitsrecht gebildet hat oder noch bildet; hierin bewährt sich die rechtbildende Kraft des Gemeinwesens, die rechterzeugende Gerechtigkeit (siehe oben S. 6, 7) auch heutzutage noch, auch im Gebiete des bürgerlichen Rechts im Deutschen Reiche.[1] Die Geltung des Gewohnheitsrechts ist unbestritten, wo es zur Lückenausfüllung im Gesetzesrecht dient, es darf aber auch die derogierende Kraft des Gewohnheitsrecht nicht geleugnet werden, die rechterzeugende Kraft der Gerechtigkeit in dem oben S. 7 unter § 3 erörterten Sinne kann sich auch negativ geltend machen.[2] Es steht selbstverständlich nichts im Wege, das Gewohnheitsrecht als freies Recht zu bezeichnen, nur darf nicht angenommen werden, daß es subjektiv (d. i. etwa vom Richter) allein empfundener Trieb der Lust oder Unlust sei, was diesem Rechte vorangeht.

2. Freies Recht herrscht wirklich, soweit nach dem Gesetze (oder Gewohnheitsrechte) das richterliche Ermessen,[3] das arbitritium judicis reicht („eingebautes freies Recht“); in diesem Rahmen schafft das nobile officium judicis in der Tat auch heute noch „Gesetzessurrogate“, und zwar in überraschend großer Menge. Erstaunlich weit reicht auch im modernsten, so vielfach vom Gesetzesdetail normierten Kulturstaat doch noch dies freie Recht, das Recht im richterlichen Ermessen. Wie groß ist nicht der Spielraum in bezug auf die Strafzumessung auch nach den neuesten Strafgesetzbüchern![4] Dem Richter ist oft überlassen, zwischen Geld- und Freiheitsstrafe, und bezüglich letzterer zwischen Festungs- und Gefängnisstrafe usw., zu wählen; und es kann vorkommen, daß der Staatsanwalt 10 Jahre Zuchthaus beantragt

---

[1] Hierüber und insbesondere über die falsche Auslegung des Art. 2 der Reichsverfassung siehe Gareis, B.G.B. (Emil Roth, Gießen) S. XXII, Gareis, Deutsches Kolonialrecht (2. Aufl. 1902) S. 76 und Gareis, Kommentar zum Allg. Teil d. B.G.B. (Carl Heymanns Verlag 1900) S. XXXVI ff.

[2] Vgl. die in voriger Anm. angegebene Literatur.

[3] Über das richterliche Ermessen siehe Lothar Seuffert in der oben S. 13 Anm. 1 angeführten Schrift (Rektoratsrede, Gießen 1880).

[4] z. B. bei Betrug nach Deutschem St.G.B. Gefängnis von 1 Tag bis 1825 Tagen, vgl. J. Heimberger, Der Begriff der Gerechtigkeit im Strafrecht (Leipzig 1903) S. 12.

und das Gericht, ohne einen anderen Tatbestand anzunehmen, auf 4 Jahre Gefängnis erkennt, und beide bewegen sich innerhalb der vom Gesetz aufgestellten Strafmaße! Und nicht weniger häufig gestattet das bürgerliche Recht, auch das B.G.B. des Deutschen Reiches, dem freien Rechte den Zutritt und die Herrschaft! Unzweifelhaft überall da, wo es die „Sitte" oder die Verkehrssitte, oder die „Angemessenheit" oder das richterliche „Ermessen" ausdrücklich als maßgebend bezeichnet,[1] aber auch überall da, wo die Feststellung von Begriffen der Doktrin überlassen, wie man sich auszudrücken pflegt, z. B. wo vom „Wesen der Ehe",[2] Mißbrauch eines Ehegattenrechts,[3] oder von Ehrlosigkeit,[4] Undank,[5] Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses[6] und dgl. die Rede ist. Und wie oft hat der Vormundschaftsrichter nur nach freiem Rechte zu entscheiden! — Die Latituden des B.G.B. reichen auch in die Gebiete von Spezialgesetzen geregelten Materie hinein, und tragen somit die Anwendung des freien Rechts auch in diese hinein.[7, 8]

---

[1] Vgl. über die Häufigkeit dieser Bezugnahmen O. GRADENWITZ, Wortverzeichnis zum B.G.B. (Berlin, Carl Heymann 1902) bei den einschlägigen Worten; hiernach z. B. „angemessen" nicht weniger als 45 mal.

[2] z. B. B.G.B. §§ 1333, 1334, auch 1568.

[3] z. B. B.G.B. §§ 1353, 1354, 1357, 1358.

[4] z. B. B.G.B. §§ 1568, 1666, 2333—2336.

[5] z. B. B.G.B. §§ 530, 533.

[6] z. B. B.G.B. § 1568.

[7] So macht COSACK, H.R. § 18 S. 82 mit Recht darauf aufmerksam, daß zur Ergänzung des Reichsgesetzes vom 27. Mai 1896, zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes, auch B.G.B. §§ 824, 826 in Betracht kommen und hiernach z. B. „ein Kartell von Gewerbtreibenden, welches in gehässiger Art durch zeitweiligen Warenverkauf unter dem Selbstkostenpreise die Vernichtung der Konkurrenten anstrebt, nicht bloß nichtig sei (B.G.B. § 138), sondern auch die Kartellgenossen zu Schadensersatz an ihre Gegner verpflichten werden." Übrigens enthalten jene Spezialgesetze selbst eine Menge von vagen, der richterlichen Feststellung nach Ermessen bedürftigen Begriffe.

[8] Als ein sehr lehrreiches Beispiel, wie durch das vom sozialen Instinkt richtig geleitete richterliche Ermessen die Anwendung einer leicht zu Falschurteilen führenden Gesetzesvorschrift in die richtigen Wege geleitet werden kann, möchte ich die Auffassung anführen, welche ERICH DANZ in seinem garnicht hoch genug zu schätzenden Buche: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte (2. Aufl. 1906, S. 5 Anm.) dem vielumstrittenen § 833 des B.G.B. (Tierhalter-Haftung) zuteil werden läßt; nach DANZ Meinung hätte in dem in der R.Ger. Entsch. Bd. LIV S. 73 mitgeteilten Falle beachtet werden müssen, daß der Verunglückte gebeten hatte, auf den Wagen genommen zu werden, und daß in der darauf erfolgten Aufnahme auf den Wagen eine Gefälligkeit des täglichen Lebens zu erblicken war, wodurch der sie Gewährende sich rechtlich nicht verpflichten will, und deswegen nur eine Haftung bei dolus für den Aufnehmenden entstand. Vgl. DANZ D.J.Z. 1905 S. 387. Ein weiteres nicht minder belehrendes Beispiel von der wohltätigen Wirksamkeit des sozialen Instinktes bei Auslegungsfragen bietet

In allen diesen Richtungen wird unser „Gerechtigkeitsbegriff" von einer ganz besonderen, man darf sagen: direkt praktischen Bedeutung; denn nirgends ist jenes richterliche Ermessen als subjektive Willkür gedacht, stets nur als sozialer Instinkt (siehe oben S. 4, 5): man wird ein richterliches Urteil, obgleich es sich im gesetzlichen Rahmen des Ermessens formell bewegt, doch als „ungerecht" bezeichnen, wenn es, etwa weil der Richter dem Proudhonschen Satze La propriété c'est le vol zuneigt, einem Dieb, der einem Milliardär eine Million gestohlen hat, mit einem Tag Gefängnis, oder, etwa weil der Richter selbst einmal empfindlich bestohlen worden ist, einen, der einen Zehnpfennigbleistift gestohlen, mit fünf Jahren Gefängnis bestraft. Gerecht ist ein Urteil nur dann zu nennen, wenn es nicht bloß im Rahmen der möglicherweise recht weit gespannten Gesetzesbestimmung sich bewegt, sondern auch dem Rechtssinn des herrschenden Gemeinwesens, das ist eben der soziale Instinkt oder die Gerechtigkeit, entspricht. Es ist unter Umständen für den Richter nicht leicht, sein eignes subjektives Empfinden, da, wo er merkt oder ahnen muß, daß es sich vom Gemeinempfinden entferne, zu unterdrücken und dem letzteren nachzugeben, er muß es aber tun, wenn er freies Recht im Sinne der Gerechtigkeit anwenden will. Ein eminenter Kenner des römischen, wie des modernen bürgerlichen Rechts[1] läßt uns einen Blick tun in seine eigene Rechtsanwendung, er sagt: „Wenn mir ein Rechtsfall zur Entscheidung vorgelegt wird, so schöpfe ich mein Urteil zunächst und unmittelbar aus meinem Rechtsgefühl (Rechtsbewußtsein) und suche erst hinterher nach der gesetzlichen Begründung und Rechtfertigung meines „Vorurteils; freilich aber, wenn es sich herausstellt, daß eine gesetzliche Vorschrift meiner vorläufigen Entscheidung im Wege steht, halte ich es für meine beschworene richterliche Pflicht, meine Rechtsüberzeugung dem Gesetz unterzuordnen." Ein solches „Vorurteil", auf rein instinktives Erkennen basiert, kann und darf sich ein Mann wie Unger mit sicherem Vertrauen darauf, daß dieses Erkennen nicht bloß mit seinem subjektiven persönlichen Rechtsempfinden, sondern mit dem des herrschenden Gemeinwesens, also mit der Gerechtigkeit harmoniert, zweifellos erlauben, denn er stand und steht, aufs engste

O. Gradenwitz in seinem Beitrag zur „Kantschrift" (Königsberg 1904), der betitelt ist: „Der Wille des Stifters" und das von dem großen Königsberger Philosophen verteidigte „Recht des Staates, ja die Pflicht desselben zum Umändern einer jeden Stiftung, wenn sie der Erhaltung und dem Fortschreiten desselben zum Bessern entgegen ist", ein Ausdruck, der wie Gradenwitz a. a. O. S. 16 ff. darlegt, dem Zwecke dienlicher ist als die Fassung des § 87 unseres B.G.B., weil er eben das Postulat des sozialen Instinktes besser zu Darstelluag bringt.

[1] Es ist J. Unger, der Präsident der k. k. Reichsgerichts in Wien, an der oben S. 29 Anm. 1 angegebenen Stelle D.J.Z. S. 786 Anm.

vertraut mit dem geltenden Rechte, mitten im pulsierenden Rechtsleben und ist sich vielleicht gar nicht ganz bewußt, wie sehr das Gesetz des Staates in sein eigenes Rechtsempfinden übergegangen ist: bei manch anderem, der weniger feststeht im geltenden Rechte und über eine weniger reiche Gesetzes- oder Lebenserfahrung gebietet, dürfte jenes „Vorurteil"-bilden wohl nicht selten ein nicht ungefährlicher Umweg sein, aber in jedem Falle ist es unerläßlich, in dem richterlichen Ermessen nicht ein rein willkürliches Empfinden zur Herrschaft gelangen zu lassen, sondern nur das soziale Massenempfinden, die Gerechtigkeitsidee, wie sie sich insbesondere in den drei oben unter § 5 S. 16 ff. erörterten großen Erscheinungen unserer Kulturordnung äußert und namentlich in der Proportionalität vom Mittel und Zweck (siehe oben S. 21) zutage tritt.

3. Ein anderes, ebenfalls weites Gebiet eröffnet sich dem freien Rechte in den Fällen der sogenannten räumlichen Statutenkollision; namentlich im Bereiche des internationalen Privatrechts ist die ganze Normierung viel weniger vom Gesetzgeber oder von der Gewohnheit besorgt worden, als vielmehr vom Rechtstriebe der Richter, von der Konsequenz der Gerechtigkeitsidee unmittelbar.

4. Das herrschende Gemeinwesen kann die Entscheidung über die Rechtsempfindungen auch anderen Gemeinwesen — beschränkt oder in Unterordnung unter den staatlichen Entscheiden — delegationsweise überlassen, auch mittels stillschweigender Delegation; und es kann sich auch dafür ein festes Gewohnheitsrecht bilden; so entsteht das Recht der sogenannten autonomen Korporationen im Staate, das Recht der Hausverfassungen und Observanzen des hohen Adels und dgl.

5. Auch die Bildung des jus necessarium im Verhältnis der Staaten untereinander, die Entwicklung des Völkerrechts überhaupt, kann als eine Art von Entstehung „freien Rechts" angesehen werden, in welchem sich, wie bereits oben § 5 Ziff. 1, S. 16 ff. dargestellt worden ist, der soziale Instinkt der Menschheit in hervorragendster Weise bewährt.

§ 9.

„Die Gerechtigkeit gehört als Tugend mehr ad Ethicam, als Jurisprudentiam," v. KREITTMAYR an der oben S. 3 angeführten Stelle; niemand wird ihm hierin widersprechen, eine Erörterung über die Gerechtigkeit wäre aber im wesentlichen unvollständig, wenn sie nicht auch des Verhältnisses dieses Begriffs zur Moral gedächte; in einer juristischen Darstellung ist dies aber nur so weit gerechtfertigt, als es sich um schärfere Hervorhebung der Rechtlichen handelt.

Unzweifelhaft gibt es eine „Gerechtigkeit" im Sinne der Moral aber der Maßstab dieser „Gerechtigkeit" ist nicht das Recht und nicht

das Rechts- (Lust- oder Unlustempfinden) des Gemeinwesens, des herrschenden Gemeinwesens, oder irgend eines Gemeinwesens, sondern das Sittengesetz oder, genauer betrachtet, das sittliche Empfinden eines jeden für sich selbst, das sittliche Bewußtsein, das Gewissen.

Die Autorität der Moral ist demnach keine äußere, insbesondere nicht dem Staat und seiner Macht, sondern eine innere, die der Überzeugung, daß etwas gut oder schlecht sei, und diese Überzeugung bildet sich unter dem Einflusse verschiedener Faktoren, vor allem religiöser Vorstellungen, ferner unter dem Einflusse der Erziehung, Umgebung, Gewohnheit, Veranlagung, Lebenserfahrung, Charaktereigenart und -Entwicklung, im Gewissen; die Überzeugung, Gesinnung der Handelnden ist allein bestimmend für den moralischen Wert oder Unwert der Handlung.[1] Denn das Ziel der Moral ist Vervollkommnung des Einzelnen durch sich und dadurch Vervollkommnung der Menschheit, als deren Glied sich der moralisch handelnde, moralisch denkende Mensch fühlt, indem er erkennt, daß er durch die eigene Vervollkommnung beizutragen hat zur Erreichung der Bestimmung der Einzelnen wie der Menschheit im ganzen. Die Annahme einer sittlichen Bestimmung des Menschen ist der Punkt des Zusammenhangs von Moral und Religion, und in der Idee der Entwickelung (der Entwicklungsfähigkeit und Entwicklungsnotwendigkeit), daher in der Idee der Individuums- und Artverbesserung, der Annäherung zum Vollkommenen stimmen Religionen und Philosophien überein.[2] Und in dem Streben nach Vollkommnung sucht der sittlich Handelnde eine Harmonie der Gesinnung (Absicht) und auch der äußern, dieser entsprechenden Handlung gegenüber dem Daseinszweck der Menschheit zu gewinnen und zu erhalten, nach alleiniger Maßgabe seiner Überzeugung oder was dasselbe ist, des von ihm für bindend erachteten Sittengesetzes.

---

[1] Vgl. J. Kant, herausgegeben von G. Hartenstein, Kritik der prakt. Vernunft I 1, 3 S. 76 (auch Einleitung in die Metaphysik der Sitten, 1798 Bd. XXVI): „Handle nach einer Maxime, die zugleich als allgemeines Gesetz gelten kann." (Entgegengesetzt: die sog. Herrenmoral!) Vgl. Matth.Evang. 7, 12: „Alles also, was ihr wollt, daß euch die Leute tun, das sollt ihr ihnen tun, denn das ist das Gesetz und die Propheten." Tob. 4, 16; Luk. 6, 31. — Wechselnde Anschauungen in der Moral zeigt z. B. die Auffassung des Selbstmordes in der stoischen Philosophie und die bei Kant und die christliche: culpa est velle mori culpaque nelle mori (Owenus, siehe Knauer, Hauptprobleme der Philosophie, 1892, S. 406); völlig veränderte Anschauung z. B. bezüglich der Prostitution heutzutage gegenüber der des Altertums (z. B. wo Tempelprostitution, wie bei Herodot I 199, auch in Hammurabis Gesetzbuch §§ 182 ff., worüber Gareis, Enzyklopädie S. 3). Auf den Wechsel in der moralischen Beurteilung macht Cornelius Nepos im Prolog der vitae aufmerksam.

[2] Nachweisungen dieser Übereinstimmung siehe bei Gareis, Enzyklopädie § 6 II S. 24 Anm. 1–4.

Die Eigenschaft dieses Strebens nach der so ersehnten Harmonie ist die „Gerechtigkeit" im Sinne der Moral.

Somit ergibt sich zunächst ein scharfer Gegensatz, insofern das Leitmotiv der Gerechtigkeit im juristischen Sinne ein Gemeinwesensempfinden, und -Urteilen, das Leitmotiv der Gerechtigkeit im moralischen Sinne ein eigenes Empfinden und Urteilen ist, und ferner insofern das Ziel des Rechtes nur eine äußere Ordnung, (äußerer Friede, Ruhe, bloße Legalität), das Ziel der Moral aber eine innere Harmonie (innere Reinheit und Gesinnungstüchtigkeit, die zur Vervollkommuug in allem Guten strebt) [1] ist und sein muß.

Aber trotz dieses Unterschiedes besteht keineswegs eine praktische Kontrarietät zwischen Recht und Moral, zwischen Gerechtigkeit im juristischen und Gerechtigkeit im moralischen Sinne, im Gegenteil: „regelmäßig, bei gesunden Rechtsverhältnissen, ist jeder Bruch des Rechts zugleich ein Bruch der Moral (Ausnahmen kommen vor, setzen aber innere krankhafte Zustände voraus), während selbstverständlich nicht jeder Bruch der Moral zugleich auch ein Bruch des Rechtes ist".[2] Unleugbar besteht ein höchst wirksamer Zusammenhang zwischen Recht und Moral, ein Zusammenhang, der an Intensität nur durch den zwischen Religion und Moral übertroffen wird.

Und am deutlichsten tritt er hervor, wenn die juristische Gerechtigkeit an die moralische Gerechtigkeit appelliert, wie dann der Fall ist, wenn eine menschliche Handlung von der Rechtsordnung als deshalb unerlaubt, oder rechtsunwirksam, anfechtbar oder sogar strafbar bezeichnet wird, weil sie „gegen die guten Sitten," „contra bonos mores" sei.

An anderer Stelle ist dargelegt,[3] daß der Gesetzgeber den für ihn freilich sehr bequemen Weg, etwas als rechtswidrig einfach dann und dadurch zu bezeichnen, wenn und daß er sagt, es sei gegen „die guten Sitten", worunter keineswegs die Sitte (= der Anstand, das Konventionelle)[4] sondern die Moral, die Sittlichkeit gemeint ist, möglichst vermeiden solle. Verweist aber der Gesetzgeber den Richter auf „die guten Sitten" als Maßstab für die Zulässigkeit oder Gültigkeit einer Handlung usw.,[5] so muß der Richter sich bemühen, diesen Maßstab möglichst als einen objektiven, nicht als einen subjektiven zu nehmen, gerade so wie er nach den obigen Darlegungen (S. 33

[1] Diesen Unterschied läßt die Bergpredigt Christi (Matth. Evang. 5, 21 ff.) herrlich erkennen, worauf bereits STAMMLER hingewiesen hat. Vgl. auch KANT an dem oben S. 9 Anm. 4 angegebenen Orte.

[2] F. DAHN, Zeitschr. f. vgl. Rechtswissenschaft Bd. III S. 18.

[3] GAREIS, Über Rechtsverhältnisse an Begräbnisstätten, SEUFFERT, Blätter für Rechtsanwendung Bd. 70 (1905) S. 319 ff.

[4] GAREIS, Enzyklopädie § 6 IV (S. 28).

[5] z. B. B.G.B. §§ 138, 817, 826, Einführungsgesetz zum B.G.B. Art. 30.

bei Anwendung des sog. freien Rechts sich nicht von seinem rein persönlichen Empfinden leiten lassen darf, sondern von dem Gemeinwesensempfinden. Und hierzu gelangt der Richter, wie ebenfalls an anderer Stelle erörtert[1] ist, durch die Berücksichtigung der Persönlichkeitsrechte, oder des Rechts der Persönlichkeit im ganzen (der Menschenwürde), also gerade durch die Berücksichtigung einer der bedeutendsten Errungenschaften (s. oben § 5, S. 21, 22).

§ 10.

„Es ist recht und billig“ — wenn dieser oft gehörte Satz nicht eine Tautologie sein soll, so bedeutet er: es entspricht nicht bloß dem Rechte, sondern auch der Billigkeit. Unter letzterer ist dreierlei zu verstehen:

1. Im Gegensatz zur „Gerechtigkeit“ im juristischen Sinne ein subjektiver Maßstab, ein rein individuelles Empfinden, zu welchem der einzelne Mensch je nach seiner Anlage (Gemütsart), seiner Moral, seinem persönlichen Rechtsgefühl und seinem Anstandsgefühl mehr oder weniger leicht und mit dem mehr oder weniger sicheren Resultate gelangt, daß der zu beurteilende Zustand (oder die zu beurteilende Handlung) angemessen sei, und zwar nicht bloß dem Rechte nach, sondern nach allen Richtungen entsprechend sei. Ein denkender Mensch kommt, geleitet von der Erwägung aller Umstände und Verhältnisse des in seiner Individualität aufgefaßten jeweilig vorliegenden Falles, zu dem Schlusse: es ist billig, hierin so oder so zu handeln, und meint damit: es entspricht durchaus harmonisch den konkreten Verhältnissen des Falles, den Anforderungen der „ausgleichenden Gerechtigkeit“ oder der „höheren Gerechtigkeit“ oder dergl. — Diese „Gerechtigkeit“ ist aber rein subjektiv und in dieser Subjektivität nur auf den konkreten Fall gerichtet, ein rein individuelles Empfinden, vielfach nicht einmal das Resultat des Denkens, sondern nur des Gefühles (Gefühlsäußerung), ein Empfinden, welches freilich auch als Massenerscheinung auftreten kann, dem zwar Idealität und damit auch eine für die weitere Rechtsentwicklung bedeutungsvolle Wirkung zukommen kann, aber keine direkt bindende Kraft zusteht; in diesem Sinne kann man das, was ein Volk als „billig“ empfindet, als „Idealrecht“ bezeichnen, aber ein wirkliches, nämlich geltendes Recht ist das so Empfundene noch nicht, wenn es nicht zum Gesetz oder zum Gewohnheitsrecht (wie unter 3.) geworden oder als solches wenigstens mittels der ausdehnenden Interpretation erkannt und in Anwendung gebracht werden kann.

[1] Seuffert, Bl. f. R.-Anw.Bd. 70 S. 320.

2. Der Gesetzgeber kann den Richter auf die Billigkeit als Richtschnur der zutreffenden Entscheidung verweisen,[1] man kann dies die eingebaute Billigkeit nennen, wie man auch vom eingebauten freien Recht spricht, und diese Billigkeit kann ja auch als freies Recht in dem oben S. 32 erörterten Sinne bezeichnet werden. Dann hat der Richter aber nicht sein individuelles Empfinden, sondern das von ihm gekannte Gemeinempfinden sprechen zu lassen, wie in den Fällen des anzuwendenden freien Rechts, von dem eben gesprochen worden ist.

3. Das jus aequum, auch aequitas genannt, ist bei den Römern nicht die oben (1. erörterte) subjektive Billigkeit, sondern positives Recht, nämlich das aus jenem Erwägen aller tatsächlichen Momente heraus gebildete objektive Recht im Gegensatz zum jus strictum, strengerem oder strengem Rechte, welches, schärfer durchschneidend, in einer oder der anderen Beziehung den tatsächlichen Verhältnissen nicht angemessen ist.[2]

§ 11.

Bei Betrachtung des Begriffs der Billigkeit ist bereits angedeutet worden, daß Fälle denkbar sind, in denen die Anwendung des Rechts nicht in allen Richtungen als angemessen oder befriedigend erscheint und das individuelle Empfinden demnach nicht in jeder Hinsicht zu beruhigtem Lustempfinden macht, Fälle also, in denen wenigstens das eine oder andere Individuum trotz der korrekten Rechtsanwendung nach einer „höheren Gerechtigkeit", eben nach der „Billigkeit", in jenem allseitig befriedigenden Sinne strebt, trachtet oder sich sehnt.

Das Streben nach einer solchen „höheren Gerechtigkeit" ist derartig intensiv aufgetreten, daß es zu eigens darauf gerichteten Rechtsinstitutionen führte, rechtlichen Einrichtungen der herrschenden Gemeinwesen, innerhalb deren die Abweichung vom Rechte selbst als rechtlich zulässig geregelt wird.

Eine solche Einrichtung ist im Strafrecht die Erteilung der Gnade, die Begnadigung, sei sie Abolition (Niederschlagung) oder Amnestie (Klassenbegnadigung, auch Klassenabolition) oder Begnadigung im engern Sinne, Straferlaß oder Strafermäßigung im einzelnen Falle; auch die sog. bedingte Begnadigung, sowie das „Richten nach Gnade", im mittelalterlichen deutschen Rechte; auch das „Lösungsrecht" u. dergl. kann hierher gestellt werden. Seine Begründung findet das Begnadigungsrecht, welches nach den modernen

---

[1] z. B. Dig. 45, 1, 91 § 3 (hierzu aber Kipp in Windscheids Pand. 8. Aufl. I S. 103 Anm. 5), B.G.B. § 315 u. a., Gradenwitz, Wörterverzeichnis stellt 17 Stellen des B.G.B. zusammen, in denen auf das Billige oder die Billigkeit verwiesen ist.

[2] Windscheid-Kipp, Pand. § 28.

Staatseinrichtungen als ein Recht des Staatsoberhauptes hochgeschätzt wird, teils in der Erwägung der menschlichen Fehlbarkeit, also der Möglichkeit eines Irrtums des Richters, teils in der nach menschlicher Kraft nie ganz zu beseitigenden Unvollkommenheit aller Rechtsordnungen, teils aber auch darin, daß unter Umständen auch für den Staat das rechtliche Interesse an der Bestrafung gegen andere höher oder näherstehende Rücksichten zurücktritt.[1]

Gerade hinsichtlich des letzterwähnten Grundes herrscht Meinungsverschiedenheit, es gibt Juristen, welche die Zulässigkeit der Begnadigung (theoretisch) auf die Herstellung des materiellen Rechts beschränken wollen, oder wenigstens auf die Verwirklichung der „Gerechtigkeit", diesen Begriff aber in einem weiteren Sinne fassen, nämlich in dem der hier erörterten sog. höheren Gerechtigkeit, und dieses führt dann bereits zu anderen, das Zurücktreten des staatlichen Strafanspruches, also die Begnadigung rechtfertigenden Rücksichten.[2]

Im Gebiete der bürgerlichen Rechte sind die rechtlich zulässigen und geregelten Abweichungen von den Forderungen der „Gerechtigkeit" viel zahlreicher als im Strafrechte, vor allem deshalb, weil soweit privatrechtliche Befugnisse übertragbar sind, sie regelmäßig durch Verzicht[3] auch aufgegeben werden können; ferner weil im Rechtsinstitut des Vergleichs ein Vertrag anerkannt ist, „durch den ein Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt werden kann";[4] und ferner weil auch die Verzeihung ein Abweichen vom Rechte gesetzlich rechtfertigen kann in denjenigen Fällen, wo ohne Verzeihung des Gekränkten Rechtsnachteile von Rechts wegen eintreten würden.[5]

Diese Abweichungen, Verzicht, Vergleich und Verzeihung im Privatrecht und die Begnadigungen im Strafrecht sind darauf zurückzuführen, daß für das Verhältnis der Menschen untereinander und zu ihren Gemeinwesen eben auch noch andere Interessen als die des Rechts, andere Regeln als die der Gerechtigkeit maßgebend sind. Es beherrscht ja diese Verhältnisse einerseits das Nützlichkeitsprinzip, der Opportunismus der Gemeinwesen und der Egoismus der Einzelnen, letzterer freilich nur im Rahmen der ihn bändigenden Rechtsvorschriften; andererseits aber auch ein weit über Gerechtigkeit hinaufragender Altruismus, jenes Gesetz der alles verzeihenden, alles

[1] Hugo Meyer-Philipp Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts (6. Aufl. Leipzig 1907) § 46 S. 272.

[2] Über all dies und das Begnadigungsrecht überhaupt siehe Meyer-Allfeld a. a. O. und die durch Anm. 1, 4—7 angegebene Literatur.

[3] Vgl. Gradenwitz, Wortverzeichnis unter „Verzicht" und „Verzichten" (60mal).

[4] B.G.B. § 779, auch § 218, 782, 1822.

[5] B.G.B. §§ 532, 1570, 1574, 2337, 2343.

ertragenden und werktätigen Liebe. (Vgl. oben S. 18 Anm. 3 und S. 36 Anm. 1.)

So können auch von jenem Nützlichkeitsprinzip und von dem altruistischen Prinzip Regelungen des Sichverhaltens der Menschen untereinander ausgehen, naturgemäße Regelungen sogar, wie von der Gerechtigkeit, dem sozialen Instinkte. Aber die Regelungen der Gerechtigkeit unterscheiden sich von der tieferstehenden des Opportunismus und von der höherstehenden der Nächstenliebe durch ihren unmittelbaren Zusammenhang mit dem Denkgesetz, dem Subsumptionsprinzip (siehe oben S. 7), welches die für jede Rechtsentstehung wesentlichen Lust- und Unlustgefühle der menschlichen Gemeinwesen naturgemäß genau so ein- und unterordnet, wie es für das Zusammenleben der Menschen erforderlich ist, ein mystischer Vorgang, den wir eben die Entstehung der Gerechtigkeit zu nennen pflegen; aus diesem Vorgange aber fließt das Recht, gebildet von bewußten und unbewußten Mächten, die bewußt oder unbewußt der Gerechtigkeit als ihrem Leitstern folgen, und geübt von Menschen, die dafür geeigenschaftet sind, sofern sie die Eigenschaft der Gerechtigkeit haben; von ihm ist in Wahrheit zu preisen, was nicht schöner ausgedrückt werden kann als mit den Worten:

„Die höchsten Ziele der Menschheit werden nur durch freien Aufschwung der Kräfte erreicht; aber dieser Aufschwung wäre nicht möglich ohne das Recht; das Recht ist es, welches den Boden bereitet für alle menschliche Kultur."[1] Und an dieser Bodenbereitung arbeitet die Menschheit sowohl vermöge der rechterzeugenden als auch vermöge der rechtanwendenden Gerechtigkeit.

[1] B. Windscheid, Die Aufgaben der Rechtswissenschaft (Rektoratsrede, Leipzig 1884 S. 4), auch P. Oertmann, Windscheids gesammelte Reden usw., Leipzig 1904 S. 102.



C. G. Röder G. m. b. H., Leipzig.

